

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ABRIL - JUNIO 2009



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Número 70, abril-junio 2009

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

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

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Víctor Manuel Garrido de Palma

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
ESTUDIOS DOCTRINALES	
ACEBES CORNEJO, Raúl: "Deficiencias de las acciones de filiación del Código en materia de legitimación activa, plazos y efectos"	9
ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, José María: "La convivencia de hecho en la legislación y jurisprudencia españolas"	39
GARCÍA MÁS, Francisco Javier: "Algunas consideraciones sobre la jurisdicción voluntaria en el Notariado europeo"	81
GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "El Derecho que la familia necesita"	103
GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: "Visión notarial de la jurisdicción voluntaria"	115
NANCLARES VALLE, Javier: "La guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de pareja"	135
ROMERO COLOMA, Aurelia María: "Patria potestad y abandono y desinterés de un progenitor por el hijo"	171
ROMERO PAREJA, Agustín: "La voluntad en los testamentos electrónicos"	189
DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA	
GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "Dictamina, que algo queda" ..	233

INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL Pág.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: “Notas sobre la Ley de Presupuestos Generales del Estado (Ley 2/2008, de 23 de diciembre) y el Decreto Ley 1/2008, de 10 de octubre, de medidas tributarias para impulsar la actividad económica en las Illes Balears”	245
---	-----

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

HORNERO MÉNDEZ, César: “Más acá de la memoria histórica: revocación de una donación modal y revocación de una injusticia (A propósito de la STS de 20 de julio de 2007)”	273
--	-----

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

DE CASTRO VÍTORES, Germán: “La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo”, Editorial Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, 2009. Por José María de la Cuesta Sáenz	299
SUNSTEIN, Cass R.: “A Constitution of Many Minds”, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2009. Por Rafael Domingo	303
BEDERMAN, David J.: “The Classical Foundations of the American Constitution. Prevailing Wisdom”, Cambridge University Press, Nueva York, Cambridge, 2008. Por Rafael Domingo	307
“Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro” (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007). Varios coordinadores. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2008. Por Gabriel García Cantero	311
PASTOR, Alfredo: “La ciencia humilde. Economía para ciudadanos”, Editorial Crítica, 2.ª edición, 2009. Por Víctor Manuel Garrido de Palma	331
VV.AA.: “El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?”. The global law collection, Lecture series, Thomson-Aranzadi, 2008. Por M.ª Lourdes Martínez de Morentin Llamas	335
A propósito del Derecho Privado Romano del profesor Dr. D. Antonio Fernández de Buján, Iustel, Madrid, 2008, 1.ª edición. Por José Luis Zamora Manzano	353

ESTUDIOS DOCTRINALES

DEFICIENCIAS DE LAS ACCIONES DE FILIACIÓN DEL CÓDIGO EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA, PLAZOS Y EFECTOS (1)

RAÚL ACEBES CORNEJO

Abogado.

Doctor en Derecho

SUMARIO: **1.** LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 131. **1.1.** El “interés legítimo” de los terceros en la acción del artículo 131. Exclusiones. **1.2.** Parientes legitimados. **A)** *Caso de premoriencia del supuesto progenitor.* **B)** *Caso de premoriencia del supuesto hijo.* **C)** *Caso de fallecimiento tanto del supuesto hijo como del supuesto progenitor.* **1.3.** Efectos. En particular, pretensiones sucesorias. **2.** LA ACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 132 Y 133. **2.1.** Legitimación. **2.2.** Plazos. **2.2.1.** *Sujeción a plazo y principio de seguridad jurídica.* **A)** *La antigua acción de “reconocimiento”.* **B)** *La acción de reclamación actual.* **C)** *Efectos retroactivos y principio de seguridad jurídica.* **2.2.2.** *Determinación de los plazos.* **3.** LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN. **3.1.** Deficiencias del sistema de impugnación del CC. **A)** *Efectos.* **B)** *Plazos.* **C)** *Legitimación.* **3.2.** En particu-

(1) Con las oportunas modificaciones, este artículo forma parte de un *Comentario al Código Civil (Libros I y II)* que el autor publicará próximamente.

lar, deficiencias en materia de legitimación y del régimen de impugnación por la madre. **A)** *Legitimación del marido.* **B)** *Legitimación del hijo.* **C)** *Legitimación del artículo 140, párrafo 2.º* **D)** *Régimen de impugnación de la madre según el artículo 139.* **E)** *Legitimación de los sucesores.* **4.** EFECTOS DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN. **4.1.** Efectos *ex nunc.* **4.2.** Efectos retroactivos. **A)** *Reintegración de prestaciones hechas por razón de la filiación aparente.* **B)** *Extinción de deudas.* **C)** *Pretensiones hereditarias.* **4.3.** Actos del progenitor aparente en nombre del hijo menor o incapaz. **5.** LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN. **5.1.** Legitimación de terceros. **A)** *Sin posesión de estado.* **B)** *Con posesión de estado.* **C)** *Herederos extraños.* **6.** PLAZOS DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.

En contra de su aparente sencillez, la regulación de las acciones de filiación está cargada de oscuridades; en particular, en materia de legitimación activa, plazos para ejercitarlas, así como respecto de los efectos que producen caso de ser estimadas. Las deficiencias del Código llegan a su grado máximo en sede de acciones de impugnación, donde el legislador de 1981 actuó con una torpeza tal que resulta imposible admitir la literalidad de la mayor parte de los artículos 136-141.

1. La acción del artículo 131

1.1. El “interés legítimo” de los terceros en la acción del artículo 131. Exclusiones.

Indiscutible la legitimación del supuesto hijo y del supuesto progenitor para ejercitar acción de reclamación de la filiación, el artículo 131 amplía esa legitimación también a ciertos terceros para el caso particular en que la filiación pueda sostenerse y justificarse por posesión de estado (2).

(2) Para que dichos terceros ejerciten exitosamente la acción de este artículo 131 no basta con que prueben la filiación biológica; de hecho, la prueba biológica puede ser irrelevante, porque lo que tienen que demostrar es que la filiación se sostiene, precisamente, en base a la posesión de estado, que es el hecho diferencial que justifica la especial legitimación de este artículo 131. Es lícito, pues, que el juzgador rechace por impertinente la práctica de la prueba

Para ello basta con que acrediten un “interés legítimo”, fórmula que, por sí sola, no es ni mucho menos concluyente, porque, acorde con la LEC (cfr. art. 10, párr. 2.º), se limita a ampliar *in abstracto* la legitimación de la acción de reclamación de la filiación fuera del estricto marco de las personas directamente interesadas en su ejercicio, esto es, el progenitor y el hijo. ¿Quiénes son, pues, esas otras personas legitimadas para ejercitar la acción de reclamación? De tal cuestión se trata en éste y en el siguiente subepígrafe.

Hay que descartar, de entrada, que ningún tercero esté legitimado para ejercitar la acción de reclamación por posesión de estado cuando el directamente interesado aún vive; es decir, cuando viven el supuesto progenitor o el supuesto hijo cuya filiación se trata de establecer. No pueden, por tanto, los parientes de los supuestos progenitor o hijo arrogarse legitimación alguna para ejercitar la acción de reclamación. La razón de que esto sea así es que, a menos que haya menores o incapaces implicados (3), la acción de reclamación no sustancia, en esencia, cuestiones de orden público, sino de interés privado, cual es el establecimiento de parentesco derivado de la filiación (4). Siendo así, parece evidente que los parientes (cónyuge incluido) del progenitor o hijo que aún viven no tienen interés legítimo bastante para ejercitar por sí solos la acción de reclamación; en tal caso, el interés en la determinación de la filiación está íntegramente residenciado en el progenitor o hijo directamente interesados, porque, al estar vivos, son ellos los destinatarios principales de los efectos de dicha determinación de la filiación, efectos que, además, operarán con carácter retroactivo (art. 112). Frente a ello, los parientes sólo son, a lo sumo, receptores secundarios de dichos efectos de la determinación de la filiación (alimentos potenciales, expectativas sucesorias, impedimentos matrimoniales), insuficientes para fundamentar su legitimación para ejercitar la acción de reclamación. En suma, aunque no sea necesariamente espurio, el

biológica si, simultáneamente, dichos terceros no practican prueba sobre la posesión de estado; y, por supuesto, es impertinente cualquier prueba si, previamente, los terceros no han acreditado su legitimación. Véase STS de 16 de marzo de 2005.

Respecto de la exclusión de la legitimación cuando hay una filiación contradictoria, véase nota al artículo 134.

(3) Cuando hay menores o incapaces, la acción corresponde a sus representantes legales o al Ministerio Fiscal (art. 765.1 LEC); nunca a los parientes, quienes, como máximo, sólo podrán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que, a su juicio, puedan fundamentar una acción de reclamación.

(4) La acción de reclamación puede ser obviamente ejercitada en busca de efectos de Derecho público (p. ej., para percibir prestaciones sociales); precisamente por esta razón está prevista la intervención del Ministerio Fiscal (art. 749.1 LEC). Ahora bien, esos posibles efectos de Derecho público son accesorios: sin perjuicio de los supuestos donde estén implicados menores o incapaces, la determinación de la filiación es, esencialmente, cuestión de Derecho privado.

interés de los parientes del progenitor o hijo aún vivos en ejercitar la acción de reclamación tiene siempre un rango netamente inferior al que portan estos últimos; en rigor, el establecimiento de una filiación es, para esos parientes, una *res inter alios* (5).

Por la misma razón están excluidos los demás terceros que ni siquiera sean parientes, aunque sean portadores de algún derecho subjetivo lícito cuyo cumplimiento dependa de la determinación de la filiación. Particularmente, no están legitimados los acreedores del progenitor o hijo aún vivos cuya filiación podría, en su caso, significar la satisfacción de sus créditos; por ejemplo, el acreedor del supuesto hijo aún vivo no puede ejercitar la acción de reclamación respecto del supuesto progenitor premuerto al objeto de provocar la reapertura de su sucesión para cobrar así su crédito de un deudor (el supuesto hijo) hasta entonces insolvente (6).

1.2. Parientes legitimados.

Excluida, pues, la legitimación de cualquier tercero para ejercitar la acción de reclamación sustituyendo a los directamente interesados que aún viven (el supuesto progenitor o el supuesto hijo), queda claro que la inteligencia de este artículo 131 es ampliar el ámbito de posibles legitimados para los casos en que uno o ambos de dichos interesados directos ha fallecido. En tales supuestos, los parientes de estos interesados directos fallecidos sí pueden estar ya investidos de un “interés legítimo” para el ejercicio de la acción de reclamación, porque su interés en el establecimiento de la filiación ya no está supeditado a ningún otro; en suma, el establecimiento de la filiación ya no es para estos parientes una *res inter alios*, como sí lo era cuando aún vivía el directamente interesado. Y obsérvese que estos parientes están legitimados, no por ser sucesores del supuesto progenitor o del supuesto hijo, sino única y exclusivamente por razón de su parentesco; en efecto, en estos casos donde ha fallecido el supuesto progenitor, el supuesto hijo o ambos, la acción de reclamación, caso de ser estimada, tendría como consecuencia el establecimiento de parentesco legal entre los parientes del premuerto y el que fuese establecido como progenitor o como hijo o, si éstos también han fallecido, con sus parientes. Los sucesores, si son extraños, ningún “interés legítimo” pueden alegar para ejercitar la acción de reclamación; como se verá, no

(5) En todo caso, aunque se admitiese su legitimación, los parientes del progenitor o hijo aún vivos deberían dirigir la acción también contra éste; por ejemplo, los parientes del supuesto padre deberían demandar no sólo al supuesto hijo, sino también a su propio pariente, el dicho supuesto padre. Pero esta lógica procesal resulta algo estrañalaria.

(6) Menos aún pueden ampararse los acreedores en el artículo 1111 para ejercitar la acción de reclamación por vía subrogatoria.

pueden alegarlo ni siquiera en los supuestos en que, por haber fallecido tanto el supuesto progenitor como el supuesto hijo, el establecimiento de la filiación pudiese originar, en su caso, la reapertura de la sucesión del que hubiese fallecido en primer lugar (v. *infra* 1.3). En resumen, en el régimen del artículo 131, los parientes ostentarán legitimación suficiente para el ejercicio de la acción de reclamación por posesión de estado con independencia de si son o no sucesores del supuesto hijo o del supuesto progenitor; correlativamente, quienes sean sucesores sólo ostentarán legitimación suficiente si, al mismo tiempo, son parientes del fallecido (7).

Dicho lo anterior, los parientes legitimados para el ejercicio de la acción de este artículo 131 son:

A) Caso de premoriencia del supuesto progenitor.

En este caso estarán legitimados los parientes del supuesto progenitor premuerto que, caso de prosperar la acción de reclamación, emparentarían con quien quedaría como establecido como hijo, aún vivo; es decir, los ascendientes, descendientes y los colaterales hasta el cuarto grado. Respecto de estos parientes, el establecimiento de la filiación entre el progenitor premuerto y el hijo aún vivo produciría, caso de producirse, parentesco legal entre tales parientes y dicho hijo aún vivo; y los efectos de este parentesco podrían ser actuales (creando inmediatamente impedimentos matrimoniales y posibilitando, en su caso, el derecho de alimentos) o potenciales (expectativas sucesorias, extensibles hasta los colaterales de cuarto grado ex art. 954).

B) Caso de premoriencia del supuesto hijo.

Aquí los legitimados son todos aquellos parientes del supuesto hijo premuerto que emparentarían con quien, aún vivo, quedaría establecido como progenitor, es decir, los descendientes. Nótese, para evitar confusiones, que los ascendientes y colaterales de dicho supuesto hijo premuerto por la línea de la filiación preexistente (abuelos, medio-hermanos, tíos y primos) son siempre extraños respecto de los parientes de la otra línea de filiación y, por tanto, no emparentan.

(7) En cambio, en el régimen de los artículos 132 y 133, estos mismos parientes sólo están legitimados si, además, son herederos.

Para sostener la legitimación de los sucesores por el solo hecho de ostentar esa condición habría que recurrir a argumentos fantasmagóricos tales como el de continuación de la personalidad del causante; pero éste es un principio que, fundado en algún pasaje equívoco del *Corpus*, reproduce una fórmula medieval sobre la sucesión *mortis causa* sin rigor jurídico alguno.

C) Caso de fallecimiento tanto del supuesto hijo como del supuesto progenitor.

Aquí los parientes legitimados son, simultáneamente, los indicados en los dos apartados anteriores; ahora bien, ello siempre que existan otras personas con las que emparentar. Por ejemplo, si son los parientes del supuesto progenitor ya fallecido quienes ejecitan la acción, tendrá que haber descendientes del supuesto hijo también fallecido con los que emparentar; siguiendo el ejemplo, en este concreto caso estarían legitimados todos los ascendientes del supuesto progenitor fallecido, dado que, en línea recta, el parentesco no tiene límite de grado; así, caso de que la acción se ejercitase por los padres de dicho supuesto progenitor, éstos quedarían como bisabuelos de los descendientes del que quedase establecido como hijo, también fallecido; mientras que en la línea colateral, cuyo parentesco limita con el cuarto grado, estarían legitimados los hijos y nietos del supuesto progenitor fallecido (que, caso de prosperar la acción, quedarían, respectivamente, como tíos y primos de los expresados descendientes), así como sus hermanos (que quedarían como tíos-abuelos) (8).

1.3. Efectos. En particular, pretensiones sucesorias.

En los casos en que la filiación se establece por el ejercicio exitoso por parte de los parientes de la acción de este artículo 131, la retroactividad característica que acompaña a dicho establecimiento de la filiación opera en distintos planos según se trate de los parientes en cuestión o del que, aún vivo, quede establecido como hijo o como progenitor. Para estos últimos, la retroactividad, a salvo las excepciones propias del artículo 112, es general y extiende sus efectos en materia de alimentos atrasados y pretensiones sucesorias; así, por ejemplo, el que, por la razón que fuese (p. ej., por ser progenitor aparente o por haber sido tutor), hubiese dado alimentos al que queda establecido como hijo durante su minoría de edad o incapacidad, podrá reclamárselos a los sucesores (sean o no parientes) del que, una vez fallecido, queda establecido como progenitor; mientras que dicho hijo podrá ejercitar ulteriormente contra los sucesores (sean o no parientes) del progenitor premuerto las pretensiones que como legitimario o sucesor intestado le hubiesen correspondido en el momento en que se abrió la sucesión de tal progenitor (9).

(8) El lector aclarará estos galimatías esquematizando gráficamente los parentescos que se refieren.

(9) Estas son, precisamente, algunas de las consecuencias más graves a que puede dar lugar la retroactividad del establecimiento de la filiación. En particular, por lo que se refiere a

En cambio, respecto de los parientes, en el establecimiento de la filiación predominan los efectos *ex nunc*, no retroactivos. Así, aunque sean al mismo tiempo sucesores del que queda establecido como progenitor o como hijo no tienen título para reclamar los alimentos atrasados a que sí hubieran tenido derecho dicho progenitor o dicho hijo si hubieran vivido al tiempo de establecerse la filiación; ello, porque este crédito es intransmisible por sucesión *mortis causa* (10). Mientras que sus pretensiones sucesorias para el reconocimiento de su estatus de legitimarios o de sucesores intestados sólo son posibles en un supuesto: aquel donde la filiación queda establecida una vez que han fallecido tanto el hijo como el progenitor y, en concreto, cuando el hijo lo hizo en primer lugar.

Obsérvese, en este sentido, que cuando el que queda establecido como progenitor es quien falleció en primer lugar, los parientes del que queda establecido como hijo, fallecido posteriormente, no pueden justificar sus pretensiones sucesorias contra los sucesores del citado progenitor. Es cierto que la retroactividad del establecimiento de la filiación conduce a un llamamiento sucesorio del hijo, porque aún vivía en la época en que falleció el padre; ahora bien, de este hecho no se deriva que los bienes, derechos y obligaciones que dicho hijo dejó de recibir del progenitor por no haber sido establecida la filiación en la época en que falleció tal proge-

los alimentos, quienes quedan declarados como progenitor y como hijo están obligados a pagar los alimentos a que habrían estado obligados si la filiación hubiera sido establecida; lo que, correlativamente, origina, en su caso, un derecho de reembolso a quien los dio sin estar realmente obligado a ello. Así, por ejemplo, quien queda establecido como progenitor habrá de abonar los alimentos del hijo mientras éste fue menor o incapaz; al mismo tiempo, el que dio los alimentos a dicho menor o incapaz (el progenitor o tutor aparentes) tendrá derecho a ser reembolsado. Por aplicación del artículo 1894, párrafo 1.º, el obligado a este reembolso no será el que queda establecido como hijo, sino el que queda establecido como progenitor.

(10) El crédito por los alimentos vencidos y no pagados no se transmite por sucesión *mortis causa* porque retribuye necesidades personales. A diferencia de la generalidad de los créditos transmisibles, el destino legal de los alimentos es agotarse en tales necesidades; dicho de otro modo, el destino legal del crédito que recibe el alimentista es consumirse a medida que entran en el patrimonio; de hecho, en rigor jurídico, cabe que ni siquiera lleguen a entrar en su patrimonio; tal es lo que ocurre, por ejemplo, con los gastos que los padres hacen por sus hijos menores o incapaces, que es el caso prototípico del derecho de alimentos (como uno de los derechos básicos que integra la relación paterno-filial). En cualquier caso, aunque lleguen a entrar en su patrimonio, el alimentista no puede disponer de los alimentos que reciba sino para atender a sus estrictas necesidades personales; y está claro que si fallece con alimentos devengados y no pagados, sus sucesores nada tienen que ver con ellos, sin perjuicio de que, a su vez, tengan derecho a alimentos respecto del mismo obligado (p. ej., los descendientes menores del hijo fallecido) o, en su caso, una hipotética acción por daños morales, con un perfil similar a la de las indemnizaciones por causa de muerte (p. ej., la esposa del hijo, por los daños morales que sufrió en la época en que estaba necesitado de alimentos y aún no se había establecido la filiación del progenitor que tenía que darlos). Fuera de estos casos, los sucesores no pueden alegar enriquecimiento ilícito del obligado a darlos, porque la ilicitud sería mayor si los recibieran ellos, en tanto que mero lucro.

nitor correspondan, sin embargo, a los parientes del hijo como sucesores legitimarios o intestados. Para ello habría que presumir que, en el momento que falleció el que queda establecido como hijo, aún estaba en su patrimonio lo que, en teoría, habría recibido del progenitor por vía sucesoria. Pero tal presunción es insostenible, porque suponiendo, por pura hipótesis, que el hijo, por estar vivo, sí hubiese sucedido realmente al progenitor, nada garantizaría que a su muerte siguiesen en su patrimonio los derechos y obligaciones recibidos de dicho progenitor. Así las cosas, la pretensión de los parientes del hijo fallecido se ampararía en una mera ficción que nada tendría que ver ni con el derecho de transmisión (cfr. art. 1006) ni con el de representación (cfr. arts. 924 y ss.), derechos ambos referidos no sólo a una sucesión actual, no pretérita, sino, especialmente, a una masa herencial determinada en el momento de la sucesión, no a una ficticia. En suma, en estos casos donde el fallecido en primer lugar es el que queda establecido como progenitor, el establecimiento de la filiación no comporta pretensiones sucesorias a favor de los parientes de quien queda establecido como hijo.

Distinto es cuando el que queda establecido como hijo falleció antes que el que queda establecido como progenitor. Aquí, la retroactividad del establecimiento de la filiación sí determina un llamamiento a los descendientes de dicho hijo premuerto, que esta vez sí pueden ampararse en el derecho de representación; en efecto, si ya hubiese estado determinada la filiación en el momento en que el hijo falleció, sus descendientes habrían resultado sucesores legitimarios o intestados; y puesto el patrimonio herencial a distribuir, aunque pretérito, no es incierto, no hay lugar para la especulación sobre qué cuota de bienes, derechos y obligaciones corresponde a tales descendientes en su calidad de sucesores legitimarios o intestados (11).

2. La acción de los artículos 132 y 133

2.1. Legitimación.

Ya antes de las SSTC 273/05 y 52/06, el TS venía reconociendo la legitimación del supuesto progenitor para ejercitar la acción de reclamación no sólo cuando lo reclamado era una filiación matrimonial, sino extrama-

(11) Tales pretensiones sucesorias de los descendientes del que haya establecido como hijo se ejercitarán, pues, contra los sucesores del que haya quedado establecido como progenitor. Y parece que la *petitio hereditatis* será el cauce para ello, pues la reclamación será siempre de una cuota abstracta de la herencia, sea a título de legítima (análoga a la de una preterición no intencional) o de herencia intestada.

trimonial (12). No podía ser de otro modo, pues así lo impone el principio de verdad biológica que rige en materia de filiación, con total independencia de que tal filiación sea matrimonial o no matrimonial. Resulta, por tanto, que, aunque el TC no ha anulado formalmente el artículo 133, tal precepto está subsumido en el artículo 132. Más en general, del régimen de este artículo 132, unido al del artículo 131, se desprende incuestionablemente que tanto el supuesto progenitor como el supuesto hijo están legitimados para ejercitar acción de reclamación en cualquier hipótesis, exista o no posesión de estado y, por supuesto, con total independencia de si lo reclamado es una filiación matrimonial o no, que es hoy una distinción insustancial.

La legitimación se extiende, también, a los herederos del supuesto hijo. Ahora bien, a pesar de la literalidad del artículo 132, esta legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación no les corresponde por el solo hecho de ostentar el título de herederos del supuesto hijo fallecido, sino por el hecho de que a dicho título vaya unido la condición de ser parientes suyos. Como ocurre en el régimen del artículo 131, sólo en cuanto sean parientes del supuesto hijo fallecido, además de herederos, tendrán interés legítimo bastante para el ejercicio de la acción de reclamación. Dicha acción, caso de ser estimada, produce el establecimiento de la filiación o, dicho en otros términos, produce parentesco entre el progenitor y el hijo y entre los parientes respectivos hasta el límite previsto en la Ley (el cuarto grado de la línea colateral, para la sucesión intestada ex art. 954). Se concluye, pues, que los herederos que, por ser extraños, no puedan emparentar por el establecimiento de la filiación carecen de interés en ejercitar la acción de reclamación. Gozarán, por el contrario, de tal interés los herederos del supuesto hijo que, por no ser extraños, sí puedan emparentar, exactamente igual que lo ocurrido en el régimen del citado artículo 131; es decir, sus descendientes (v. *supra* 1.2-B). La especificidad del régimen del artículo 132 con respecto al del artículo 131 es, por tanto, restringir la legitimación sólo a los descendientes del supuesto hijo fallecido que, además, sean herederos, sin necesidad de que la acción se ejercite en base a posesión de estado; ello, aparte de que la acción del artículo 132 es, para los parientes, caducable, a diferencia de la del artículo 131, que no parece estar sometida a plazo de caducidad alguno (13).

(12) Un resumen de esta jurisprudencia en las SSTs de 22 de marzo de 2002, 8 de julio de 2004 o 14 de diciembre de 2005.

(13) Aunque en la literalidad del artículo 132 los legitimados son los parientes “herederos”, no existe razón para excluir a los parientes que, aun no siendo estrictos herederos, hayan sido mejor tratados por el causante que otorgó testamento; por ejemplo, al pariente nombrado legatario de una cuota considerablemente mayor que la de algún legitimario heredero.

Respecto de los efectos de la filiación cuando se establece una vez fallecido el hijo o, en general, cuando ha fallecido el progenitor, el hijo o ambos, véase *supra* 1.3.

Y, aunque el CC lo silencia, no hay razón para excluir la legitimación a los herederos del supuesto progenitor que, caso de estimarse la acción, emparentarían con el supuesto hijo. Su interés en el ejercicio de la acción de reclamación es exactamente el mismo que el de los citados herederos del supuesto hijo que sean, al mismo tiempo, sus descendientes. El hecho de que falte posesión de estado no es causa suficiente para obviar ese evidente interés legítimo. Esta ausencia sólo justifica que los parientes legitimados sean sólo los que, al mismo tiempo, sean herederos, a diferencia que en el régimen del artículo 131, donde no es precisa tal condición. Han de considerarse legitimados, pues, los mismos parientes del supuesto progenitor que la acción de dicho artículo 131, siempre que sean sus herederos.

2.2. Plazos.

El sistema de plazos que el CC establece para las acciones de filiación, tanto para las de reclamación como de impugnación, abarca desde hipótesis de explícita no sujeción a plazo alguno (arts. 132, párr. 1.º; 133, párr. 1.º, 137, párr. 3.º) hasta variopintos plazos especiales (arts. 132, párr. 2.º; 133, párr. 2.º; 136, 137, 140, párr. 2.º; 141), pasando por espesos silencios legales (arts. 131, 139, 140, párr. 1.º). Tal sistema está, sin embargo, cargado de inconveniencias y no puede considerarse vigente. Y la inadmisibilidad de su vigencia arranca de la no sujeción a plazo que la literalidad del CC atribuye, básicamente, a las acciones de reclamación ejercitadas por el supuesto progenitor o hijo; tal ausencia de sujeción a plazo es incompatible con el principio constitucional de seguridad jurídica.

2.2.1. Sujeción a plazo y principio de seguridad jurídica.

La no caducabilidad de las acciones de reclamación en la literalidad del CC se explica, quizá, como un intento fallido del legislador de rectificar algunas disonancias del régimen anterior a 1981 en materia de reconocimientos.

A) La antigua acción de “reconocimiento”.

Antes de la reforma de 1981, sólo el hijo tenía acción para reclamar la filiación “natural”, acción que, en la terminología del CC, no era de reclamación, sino para instar un “reconocimiento” forzoso del supuesto progenitor (antiguos arts. 135-137). El supuesto progenitor, por su parte, no tenía acción para instar judicialmente la declaración de su paternidad

o maternidad; (14) en su lugar podía “reconocer” al hijo, reconocimiento que, si era hecho con todos sus requisitos legales, surtía los mismos efectos que hoy surte una sentencia que aprecie la existencia de una determinada filiación paterna o materna. En efecto, dado que en régimen anterior a 1981 no regía el principio de verdad biológica, resultaba que el reconocimiento realizado con una voluntad no viciada era inimpugnable. Siendo así, y dado que el progenitor podía realizar un reconocimiento en todo tiempo, sin sujeción a plazo alguno, no era ilógico deducir que el hijo, a su vez, también debería poder ejercitar en todo tiempo la acción de “reconocimiento”. Sin embargo, en el sistema anterior al CC, en armonía con el trato poco respetuoso que dispensaba a los hijos no “legítimos”, la acción de “reconocimiento” de que era titular el supuesto hijo sí podía estar sometida a varios plazos (15).

En el régimen anterior a 1981, este sistema de plazos para la acción del hijo para instar su reconocimiento podía ser, pues, disonante, pues no casaba con la posibilidad del progenitor de reconocer en todo tiempo y, consiguientemente, de establecer definitivamente su paternidad o maternidad sin sujeción a plazo alguno. Sin embargo, tras la reforma de 1981, la única solución admisible es, por el contrario, la de atribuir a la acción de reclamación un plazo de caducidad.

B) La acción de reclamación actual.

En la actualidad, tras la introducción del principio de verdad biológica, el reconocimiento, en rigor jurídico, ya no “determina” la filiación, porque, a diferencia del régimen anterior, ya es impugnabile exista o no vicio de consentimiento (16). De este modo, aunque el progenitor sigue teniendo la posibilidad de realizar un reconocimiento a lo largo de toda su vida, el mismo sólo adquirirá firmeza definitiva cuando transcurra el plazo para ejercitar la acción correspondiente de impugnación; o, caso de ejercitarse, cuando una sentencia lo ratifique. Así las cosas, atribuir al supuesto hijo la posibilidad de ejercitar acción de reclamación sin sujeción a plazo alguno resta como un anacronismo extemporáneo, merced al cual

(14) Este sistema aún se encuentra formalmente vigente en Códigos como el portugués, que legitima sólo al hijo para el *reconhecimento judicial* de la filiación paterna y materna (arts. 1814, 1869). Del mismo modo, en el Código italiano, sólo el hijo está legitimado para ejercitar la acción de *dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale* (art. 270), acción admisible *nei casi in cui il riconoscimento è ammesso* (art. 269, párr. 1.º).

(15) Los establecidos en el antiguo artículo 137: el hijo sólo podía ejercitar la acción “en vida de los presuntos padres”, fallecidos los cuales se abrían plazos específicos.

(16) El artículo 140 sería la vía para la impugnación de los reconocimientos sin vicios o “de complacencia”; véase, por ejemplo, SSTs de 4 de junio de 2004 o de 29 de octubre de 2008.

el legislador parece instalarse en épocas pasadas donde, como se ha visto, la acción del hijo para instar su "reconocimiento" sí podía ser merecedora de ejercitarse sin sujeción a plazo alguno (17).

Ahora las cosas son distintas, y el reconocimiento del progenitor ya no es, como sí era antes, instrumento para establecer definitivamente la filiación: en última instancia, sólo es un mero medio de prueba que, llegado el caso, siempre podrá discutirse en juicio. Tras la reforma de 1981, el progenitor ya no está, pues, investido de especiales facultades que le otorguen una posición jurídica privilegiada para establecer definitivamente la filiación (18). Por tanto, ya no urge que el hijo esté consecutivamente autorizado para ejercitar la acción de reclamación sin límite de tiempo.

C) Efectos retroactivos y principio de seguridad jurídica.

Esta conclusión se confirma al observar que la reclamación de la filiación tiene, desde 1981, expresos efectos retroactivos (art. 112), que pueden obligar a revisar un número ingente de actos jurídicos (19). No tiene sentido, por tanto, que esta revisión de actos, ya grave de por sí, se incremente si, además, se autoriza al supuesto hijo para ejercitar en todo tiempo la acción de reclamación. La literalidad del CC, sin embargo, permite que el hijo ejercite la acción de reclamación mucho tiempo después de haber obtenido el convencimiento de su filiación. Pero parece evidente que reclamaciones tan tardías son incompatibles con el principio constitucional de seguridad jurídica, ante el cual debe ceder el de verdad bio-

(17) Para ello, el legislador podría haberse inspirado en el CC italiano, cuyo artículo 270, párrafo 1.º (con una fórmula que recuerda a la de los actuales arts. 132, párr. 1.º, y 133, párr. 1.º, del Código español), establece que *l'azione per ottenere che sia dichiarata giudizialmente la paternità o la maternità naturale è imprescrittibile riguardo al figlio*. Pero el Código italiano no es precisamente el modelo a seguir; así, mientras que el hijo, como se dice, puede ejercitar la acción de reclamación sin límite de tiempo, el reconocimiento sin vicios del progenitor no sólo es (como en el CC español) impugnabile por cuestión del principio de verdad biológica (*per difetto di veridicità*), sino que lo es sin límite de tiempo alguno (*o imprescrittibile*—art. 263, párr. 3.º). Resulta, pues, que, dado que el supuesto progenitor no está legitimado para ejercitar la acción de reclamación de la filiación *natural* (art. 270), ha de conformarse con emitir un reconocimiento, esperar a que sea consentido por el reconocido y, una vez que ha sido dado, a que no sea impugnado en cualquier tiempo por el hijo reconocido o por *chiunque vi abbia interesse* (art. 263, párr. 1.º); en suma, el progenitor, aunque haya reconocido un hijo "natural", podrá pasar su vida sin poder intentar asegurarse su paternidad o maternidad, es decir, sin poder ejercitar acción de reclamación, que, caso de prosperar, es (como en el CC español), en última instancia, lo que establece definitivamente la filiación.

(18) Es cierto que los reconocimientos, como ahora, sólo surtían efectos con el consentimiento del reconocido; ahora bien, también es cierto que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, dicho consentimiento es sistemático, porque el que reconoce ya sabe que el reconocido (o su representante legal) va a consentir. En todo caso, el que apertura esta vía es el progenitor.

(19) Véase *supra* nota 9.

lógica, que tiene un rango inferior (20). En suma, tal principio es la *ultima ratio* de que la acción del hijo para reclamar la filiación ha de estar sujeta a un plazo de ejercicio.

No es argumento en contra de esta tesis sostenida afirmar que la misma quiebra del principio de seguridad podría acontecer en acciones que sí son indiscutiblemente imprescriptibles, caso de la de deslinde y de la *communi dividundo* (art. 1965), que, además, pueden producir ciertos efectos *ex tunc* (cfr. art. 1063). Es, en efecto, muy discutible que en tales acciones sufra el principio de seguridad jurídica, pues todo dueño o condueño, por legos en Derecho que sean, saben que el deslinde o la división es una facultad ínsita en su dominio o condominio que pueden ejercitar en todo tiempo. Y nótese que, en última instancia, la imprescriptibilidad de estas acciones es una manifestación particular del principio que prohíbe las vinculaciones perpetuas, que es, a su vez, una expresión del derecho constitucional a la libertad personal (21). Así, aun admitiéndose, por hipótesis, que el principio de seguridad jurídica puede perjudicarse en esas acciones, todavía resta ese otro principio constitucional a la libertad personal, que tiene el mismo rango normativo.

En las acciones de reclamación de la filiación, el planteamiento es más sencillo: una reclamación muy alejada en el tiempo es, llanamente, una reclamación extemporánea que no puede justificar el principio de verdad biológica.

El legislador de 1981, en lugar de evitar el error de declarar “imprescriptibles” (cfr. art. 132, párr. 1.º) las acciones de reclamación, redundaba en el mismo cuando, además del supuesto hijo, atribuye también al supuesto progenitor la posibilidad de ejercitar la acción sin límite de tiempo alguno. Pero, dicho todo lo anterior, tal posibilidad no puede considerarse vigente. En suma, la acción de reclamación ha de estar sujeta a un plazo de ejercicio cualquiera que sea quien la ejercite (22).

(20) El principio de verdad biológica se entronca en el artículo 39.2 CE y, no obstante su importancia, es sólo uno de los “principios rectores” del capítulo 3.º del título I. El de seguridad jurídica (art. 9.3), por el contrario, goza del máximo rango normativo (cfr. arts. 53 y 168).

(21) Dicho principio extiende su imperio en normas tanto en Derecho privado (así, arts. 81, 86, 1583, 1705, 1732.1.º y 2.º, 1750, 1775, 1965 CC) como público [p. ej., arts. 23, 244, 254 LCSP; art. 93.3 LPAP; art. 79 RBEL; arts. 49.1 d) y 56 ET].

(22) Tal es lo que ocurre en el Código francés, que ya antes de la reforma de 2005 establecía la solución correcta al sujetar todas las acciones de filiación a plazos generales comunes para todas las acciones de filiación, el treintenar del artículo 311-7 y el especial para los herederos del artículo 311-8. Actualmente el plazo general es el decenal del 321.

También en el Código portugués las acciones de *reconhecimento* están sujetas a diversos plazos (arts. 1817 y 1873). Erróneo es, en cambio, el planteamiento del BGB, donde la regla general es la no sujeción a ningún plazo [cfr. § 194 (2)].

2.2.2. Determinación de los plazos.

¿Qué plazos corresponden, pues, a las acciones de reclamación? Cuando quien la ejercita es el supuesto progenitor o el supuesto hijo habrá que aplicar el plazo general del artículo 1964, que ya es, por lo demás, suficientemente extenso. Cuando la acción es ejercitada por los parientes parece conveniente respetar el principio que, deducido del párrafo 2.º de los artículos 132 y 133, restringe el plazo para las demás personas legitimadas. Nótese, sin embargo, que la literalidad de tales preceptos vuelve a llevar a conclusiones insostenibles (23).

Así, se observa que la primera hipótesis de determinación del plazo, según el citado párrafo 2.º de los artículos 132 y 133, incurre en el mismo error que la hipótesis de determinación del plazo del artículo 136, relativo a la acción de impugnación del “marido”. En efecto, según esa hipótesis, los parientes sólo podrían ejercitar la acción de reclamación en el plazo máximo cuatrienal con independencia de si son o no conocedores de los hechos que les hacen sospechar la filiación; precisamente por esta causa, el TC ha estimado inconstitucional el *dies a quo* del aludido artículo 136, cuya literalidad sitúa, no en el día en el que el “marido” conoce la falsedad de su paternidad, sino, llanamente, el día de la inscripción de la filiación en el Registro Civil (SSTC 138/05 y 156/05). Y esta misma inconveniencia es la que plantea la literalidad del párrafo 2.º de los artículos 132 y 133, a tenor de la cual los “herederos” estarían sometidos al plazo cuatrienal máximo computado, sin más, desde el que el causante “alcanzare la plena capacidad”.

La segunda hipótesis de determinación de plazo de esos preceptos sí establece un *dies a quo* adecuado, al situarlo el día del “descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda”. Ahora bien, dado que, para esta hipótesis, el plazo se reduce al año, se coloca a los “herederos” en una situación agónica cuando el causante fallece próximo a agotarse el año del citado descubrimiento de pruebas; así, por ejemplo, si el hijo descubre su filiación el día 1 de enero y fallece el 15 de diciembre del mismo año, sus “herederos” sólo tendrían quince días para ejercitar la acción de reclamación (24).

(23) Ello, dejando aparte que dichas personas legitimadas no son, como ya se ha dicho, sólo los “herederos” del supuesto hijo, sino, en general, los parientes del supuesto progenitor o hijo que, además, sean sus herederos.

(24) Nótese, además, que el plazo no sería de prescripción, sino de caducidad, como conviene la generalidad de la jurisprudencia y los autores. No podrían, por tanto, los “herederos” interrumpir el curso del plazo instando un reconocimiento o, menos aún, reclamación extrajudicial: toda pretensión en busca del establecimiento de la filiación pasaría por el ejercicio de la acción el plazo anual, que sería, pues, un plazo fatal.

Habida cuenta de estas inconveniencias, la solución más adecuada puede ser hacer general el plazo cuatrienal para las personas distintas del supuesto progenitor o hijo; ello, por ser el más próximo al quincenal. Y haciendo también general el *dies a quo* correcto, es decir, el que se hace coincidir con el día “del descubrimiento de las pruebas en que se funde la filiación”, o, más específicamente, con el día en que las personas legitimadas toman conocimiento de tal descubrimiento.

3. La acción de impugnación

La regulación de la acción de impugnación contenida en estos artículos 136-141 es de técnica jurídica absolutamente deficiente. Tanto es así que sólo una interpretación racional puede evitar obtener de los mismos soluciones torticeras; cualquier otro tipo de interpretación conduce derechamente a tales soluciones, sea una interpretación literal, sistemática o histórica. La explicación de estas oscuridades es que el legislador de 1981 no supo asimilar plenamente los nuevos planteamientos constitucionales ni, consiguientemente, apartarse de los esquemas de la antigua regulación de la filiación, acrisolados durante muchos siglos en la mente de los juristas. El fenómeno, por supuesto, no exclusivo del CC; de hecho, el legislador de 1981 hizo suyos errores que pocos años antes se habían plasmado en las reformas respectivas de los Códigos extranjeros del entorno (25).

3.1. Deficiencias del sistema de impugnación del CC.

A) Efectos.

De entrada, el CC omite toda regulación de los efectos de la impugnación. Al contrario de lo ocurrido en sede de acciones de reclamación, cuyo ejercicio exitoso tiene, como norma general, efectos retroactivos por imperio del artículo 112, en sede de impugnación reina un espeso silencio legal.

(25) En el Código italiano, la actual regulación de la filiación es de 1975, que aún sigue insistiendo en los viejos conceptos de filiación “natural” y “legítima” (arts. 231 y ss.). Menos anacrónico es el Código portugués, cuya prolija regulación de la filiación es de 1977 (arts. 1796 y ss.). En el Código francés, la obsoleta regulación de 1972 ha sido derogada por la reforma de 2005, sin cabida a distinguos sobre filiación matrimonial o no matrimonial (arts. 310 y ss.). Tampoco caben ya en el BGB (§ 1591 y ss.), donde, tras una Ley de 1997 (seguida de otra de 2004), ha desaparecido la antigua normativa que dividía en dos la materia, según se tratase de *Eheliche Abstammung* (descendencia matrimonial) o *Nichteheliche Abstammung* (descendencia no matrimonial).

B) Plazos.

En materia de plazos para el ejercicio de la acción, las deficiencias del CC van desde la diversidad de los mismos según qué supuestos de impugnación, hasta su omisión respecto de otros, pasando por graves o insolubles problemas para determinar el *dies a quo*.

Así, los plazos para ejercitar la acción se silencian en el régimen del artículo 139, respecto a la impugnación por la madre; y, también, en el régimen del artículo 140, párrafo 1.º, respecto de la impugnación de la filiación “no matrimonial” sin posesión de estado. Y cuando, si se establecen, el CC impone varios o establece un especial sistema de no caducabilidad. Los plazos varios son, por una parte, el anual establecido en los artículos 136 (para el “marido”), 137, párrafos 1.º y 2.º (para el hijo y la madre, respecto de la filiación “matrimonial” con posesión de estado) y 141 (para la impugnación de reconocimientos con vicios); y, por otra, el cuatrienal del párrafo 2.º del artículo 140, para la impugnación de la filiación “no matrimonial” con posesión de estado. Mientras que el especial régimen de no caducabilidad se establece en el artículo 137, párrafo 3.º, para la hipótesis de impugnación de la filiación “matrimonial” sin posesión de estado por parte del hijo “o sus herederos”, caso en que “la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo”. Este sistema se complica aún más cuando se confronta con la literalidad de los preceptos que regulan las acciones de reclamación, a tenor de la cual tales acciones sólo caducan cuando los legitimados no son el supuesto progenitor ni el supuesto hijo (párr. 2.º de los arts. 132 y 133); y así, por ejemplo, se observa que mientras los “herederos” del hijo pueden, de acuerdo con dicha literalidad, ejercitar la acción de reclamación en el especial plazo del artículo 133, párrafo 2.º, los mismos “herederos” del hijo no están, por el contrario, sujetos a plazo alguno cuando, como se acaba de decir, se trata de impugnar la filiación “matrimonial” sin posesión de estado (art. 137, párr. 3.º).

En cuanto a los problemas para determinar el *dies a quo*, los del artículo 136 han sido resueltos por las SSTC 138/05 y 156/05, al afirmar, como no podía ser de otro modo, que la acción de impugnación del “marido” empieza a correr cuando es conocedor de la falsedad de la filiación, no tras su simple inscripción en el Registro Civil. Ahora bien, el mismo problema subsiste en relación a la acción del artículo 137, para el hijo, cuyo *dies a quo* se vuelve a situar en dicha inscripción. Y, por lo que se refiere al día inicial de la acción del párrafo 2.º del artículo 140, para la filiación “no matrimonial”, no hay manera de determinarlo a partir de la sola literalidad de tal precepto. A tenor del mismo, la acción que regula “caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente”; se observa, pues,

que el precepto no indica que el día de la inscripción coincida con el *dies a quo*, el cual sitúa en un momento distinto: desde que el hijo “goce de la posesión de estado correspondiente” (26). Siendo así, resulta que no hay modo de determinar el día inicial de la acción, por la sencilla razón de que la existencia de posesión de estado, sostenida en base a los tradicionales *nomen*, *tractatus* y *fama*, no se puede remontar a un día concreto, sino a un período de tiempo indeterminado, que es distinto. En suma, no podrá probarse nunca que la posesión de estado se inicia un día concreto y determinado que sirva de *dies a quo* para el ejercicio de la acción del artículo 140, párrafo 2.º (27).

C) Legitimación.

Especialmente complejas son las deficiencias del CC en materia de legitimación para ejercitar la acción, que exigen una exposición algo más detallada; e igual ocurre con el régimen de impugnación para la madre del artículo 139.

Por lo se que refiere a las deficiencias en materia de legitimación para ejercitar la acción, son, en síntesis:

1.^a Asignación fragmentaria, por atribuirle explícitamente para determinados supuestos, pero guardando silencio sobre otros. Este es el caso de los artículos 136, 137 y 140, párrafo 2.º, dictados, respectivamente, para la impugnación por el “marido”, hijo y, en relación a la filiación “no matrimonial”, por el “hijo o progenitor y... quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos”. En la literalidad de estos tres preceptos sólo se atribuye legitimación en cuanto se trate de impugnar una filiación sostenida en base a su inscripción en el Registro Civil, que, obviamente, no es el único medio en que sostener la filiación (28).

(26) En la literalidad de este artículo 140, párrafo 2.º, la inscripción en el Registro Civil sería, pues, un requisito adicional a la posesión de estado para que pueda ejercitarse la acción de impugnación que tal precepto regula. Con ello se dejan sin cobertura todos los supuestos donde la filiación “no matrimonial” se sostiene por pura posesión de estado, pero sin inscripción ninguna; a tal deficiencia nos referimos más adelante.

(27) Si existen hechos muy notorios a favor de la filiación que acontecen en un día determinado, lo que habrá será, a lo sumo, un reconocimiento no formal, pero no estricta posesión de estado; por ejemplo, el hecho de que el supuesto progenitor, de forma pública, se lleve a vivir consigo al supuesto hijo en un día concreto del calendario. Para sostener la filiación en base a posesión de estado es precisa una reiteración de actos en el tiempo.

(28) Fuera de la inscripción registral, aparte de la posesión de estado, también puede servir de prueba el reconocimiento en testamento u otro documento público (art. 120.1.º CC) en los casos en que tal reconocimiento no se inscriba en el Registro Civil; no sólo cuando la ins-

2.^a En cuanto a la legitimación de los sucesores, el desorden del CC es mayúsculo; mientras varios preceptos guardan silencio acerca de esta cuestión (el art. 139), otros sí la regulan, pero de forma contradictoria (arts. 136, 137, 140, 141). La gravedad de este desorden estriba en que, como se dirá posteriormente (*infra* 5), las personas que, siendo distintas del progenitor y del hijo, tienen, no obstante, interés legítimo para el ejercicio de la acción, son las mismas para cualquier hipótesis de impugnación (29).

Por lo que se refiere a la acción de impugnación de la madre del artículo 139, se observa que, a diferencia de los citados artículos 136, 137 y 140, párrafo 2, dicho precepto prescinde acertadamente de legitimar a la madre sólo para el supuesto en que la filiación esté inscrita en el Registro Civil, otorgándola legitimación con carácter general para cualquier hipótesis. Sin embargo, se guarda silencio acerca de extremos fundamentales de la acción de impugnación, tales como el plazo para ejercitarla o la legitimación de los sucesores.

De estas cuestiones se trata seguidamente.

3.2. En particular, deficiencias en materia de legitimación y del régimen de impugnación por la madre.

A) Legitimación del marido.

En síntesis, el CC silencia la legitimación del “marido” cuando la filiación se sostiene en medios de prueba distintos a la inscripción en el Registro Civil y del reconocimiento hecho con vicios de consentimiento (30).

El artículo 136 CC sí explicita la legitimación del marido para cualquier supuesto donde la filiación (“matrimonial”) se sostiene en base a su inscripción en el Registro Civil; es decir, cuando la inscripción se prac-

cripción no sea posible por no constar el consentimiento del hijo mayor reconocido o, si es menor, de su representante legal, sino también cuando tal consentimiento existe, pero, por la causa que sea, no ha llegado a inscribirse en el Registro Civil. Igualmente, un reconocimiento en documento privado también puede servir de prueba, incluso aunque no se inscriba con arreglo al expediente registral citado en el número anterior. Y también la nuda presunción de paternidad puede actuar de prueba en los supuestos en que, por la circunstancia que sea, no se haya inscrito el nacimiento del hijo en cuyo favor obra dicha presunción.

(29) A estas deficiencias en materia de legitimación puede añadirse la del artículo 141, cuya literalidad sólo legitima para la impugnación de reconocimientos viciados “a quien lo hubiere otorgado”, es decir, con una interpretación *stricto sensu*, sólo al progenitor, que es quien verdaderamente “otorga” el reconocimiento; no al hijo, que, en su caso, sólo da un consentimiento ulterior.

(30) Véase *supra* nota 28.

tica por cuestión de la presunción de paternidad o, también, en el caso del artículo 119, cuando el marido reconoce al hijo nacido antes del matrimonio; igualmente, cuando la inscripción se practica como resultado del expediente incoado ante el Registro Civil en los casos del artículo 49 LRC, expediente que también es admisible para la filiación “matrimonial” (p. ej., por posesión de estado del hijo nacido antes del matrimonio). Y, de forma general, el artículo 141 lo legitima para impugnar toda hipótesis de reconocimiento, tanto el vertido en el supuesto del artículo 118 (nacimiento fuera de la presunción de paternidad) como en el del citado artículo 119, en los casos en que, por la causa que sea, dicho reconocimiento no ha llegado a ser inscrito en el Registro Civil. Ahora bien, lo legitima sólo para los reconocimientos hechos con vicios; no, en cambio, para los hechos sin vicios (o de “complacencia”), porque, siguiendo la literalidad del CC, tales reconocimientos sólo serían impugnables caso de tratarse de filiación “no matrimonial”, de acuerdo con el régimen del artículo 140 (31); no hay, pues, expresa cobertura legal para que el “marido” impugne reconocimientos sin vicios o de complacencia.

Y no sólo eso, porque, de manera general, el CC guarda silencio sobre la legitimación del “marido” en los demás supuestos donde la filiación “matrimonial” puede sostenerse en otros medios de prueba distintos de la inscripción. Así, en los casos en que se viene sosteniendo en base a la nuda presunción de paternidad, es decir, cuando, por la razón que sea, no se llegó a inscribir en el Registro Civil. Tal cosa ocurrirá, por ejemplo, en el sencillo caso en que el marido, aun pudiendo promover la llana inscripción de su paternidad por haber ocurrido el nacimiento dentro del período legal de la presunción, se abstenga de hacerlo. También se silencia la legitimación del “marido” cuando, en el caso del citado artículo 119, el nacimiento es anterior al matrimonio y la filiación “matrimonial” se viene sosteniendo, no por reconocimiento, sino por posesión de estado.

B) Legitimación del hijo.

Al hijo, el artículo 137 lo legitima para impugnar exclusivamente la paternidad matrimonial que, además, se venga sosteniendo en base a su inscripción en el Registro Civil. Que la legitimación de este precepto es sólo para impugnar la “paternidad” se deduce no sólo de su párrafo 1.º, que ya se refiere expresamente a ella, sino, de manera específica, de su párrafo 2.º, que extiende la legitimación a la madre del menor o incapaz, significando así que la acción de que trata el precepto es para impugnar

(31) Este precepto sería, en principio, la vía para la impugnación de este tipo de reconocimientos; véase, por ejemplo, SSTs de 4 de junio de 2004 o de 29 de octubre de 2008.

la paternidad. Y que esta paternidad es, además, la “matrimonial” se deduce de su párrafo 3.º, que se refiere explícitamente a ella; y no de forma casual, como tampoco lo es la alusión a la filiación “no matrimonial” del párrafo 1.º del artículo 140, precepto cuya literalidad recuerda a la de dicho párrafo 3.º del artículo 137. Fuera de este artículo 137, el hijo está, en general, legitimado para impugnar la filiación paterna y materna “no matrimonial” por imperio del artículo 140.

Así las cosas, resulta, pues, que el CC guarda silencio sobre legitimación del hijo para impugnar la filiación materna “matrimonial”. Y también guarda silencio sobre su legitimación cuando la filiación paterna “matrimonial” no se viene sosteniendo por la inscripción en el Registro Civil, sino por otros medios alternativos de prueba; ocurre aquí igual que en el régimen del artículo 136 respecto de la legitimación del “marido”, de forma que queda en nebulosa cuál es el régimen de impugnación para el hijo (y los terceros interesados) cuando, por ejemplo, el nacimiento es anterior al matrimonio y, no obstante no haber reconocimiento ni inscripción, la filiación “matrimonial” se sostiene por posesión de estado.

C) Legitimación del artículo 140, párrafo 2.º

Análogas deficiencias presenta la legitimación del párrafo 2.º del artículo 140, que, para la impugnación de la filiación “no matrimonial” con posesión de estado, se condiciona a que haya inscripción en el Registro Civil; así se deduce de la literalidad de su segundo inciso, a tenor del cual la acción caduca “pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente”. El precepto, pues, concibe la inscripción como un requisito adicional a la posesión de estado para que pueda impugnarse la filiación; y ello significa que deja automáticamente sin cobertura todos los supuestos en que la filiación “no matrimonial” se viene sosteniendo sólo por posesión de estado, sin que haya inscripción.

D) Régimen de impugnación de la madre según el artículo 139.

El artículo 139 acierta al legitimar a la madre, no en función de que la acción de impugnación vaya dirigida a destruir determinados medios de prueba en que se viene sosteniendo la filiación, sino, simplemente, en función de la falsedad de su maternidad. No ocurre como en el régimen de los artículos 136, 137 y 140, párrafo 2.º, cuya literalidad, como se acaba de ver, otorga legitimación única y exclusivamente para impugnar la filiación en determinados casos. En el caso de la madre, se la legitima llanamente para impugnar su maternidad por suposición de parto o, siguien-

do la terminología anterior a la reforma de 1981 (antiguo art.), por el hecho de “no ser cierta la identidad del hijo”. Con esta fórmula amplia, concorde con el principio *mater semper certa est*, la madre podrá impugnar su maternidad cualquiera que sea el medio de prueba en que se venga sosteniendo la filiación en cuestión, con independencia de que esté o no inscrita en el Registro Civil. En particular, de la legitimación abstracta que establece este artículo 139 se desprende que la madre está, por ejemplo, autorizada a impugnar los reconocimientos que haya hecho; en efecto, cualquier reconocimiento que la madre haga podrá ser impugnado si, ulteriormente, consta que el hijo reconocido no tiene la identidad que ella creía; en definitiva, podrá impugnar cualquier reconocimiento de un hijo que se revele que en realidad no es tal; y ello, al margen de que dicho reconocimiento esté o no viciado: tanto da para que no sea “cierta la identidad del hijo” que el reconocimiento en cuestión lo haya sido, por ejemplo, por error, como que haya estado ausente de todo vicio y haya sido emitido por pura complacencia.

Esta fórmula del artículo 139, aceptable si es interpretada aisladamente, es, sin embargo, fuente de confusiones cuando se pone en conexión con otros preceptos; en concreto, con los artículos 140 y 141. Así, siguiendo el ejemplo de la filiación sostenida en base a reconocimientos maternos, se plantea automáticamente una trinidad de regímenes de impugnación para la madre: el general del artículo 139, el del artículo 140 para el de los reconocimientos “no matrimoniales” por “complacencia” (32) y el del artículo 141 para la impugnación de los reconocimientos con vicios. Y estos tres regímenes no son coincidentes; sin entrar en más detalles, se observa que el régimen del artículo 139 silencia aspectos que sí están regulados en el régimen de los artículos 140 y 141, que a su vez ya presentan diferencias. Es lo que ocurre con el del plazo de la acción, así como en la legitimación de los sucesores.

Así las cosas, se concluye, pues, que el artículo 139, aunque acierta al legitimar a la madre en cualquier supuesto, deja sin regular aspectos esenciales de la acción de impugnación para todos aquellos casos en que tal acción no se sujeta al régimen de los artículos 140 y 141. Así, por ejemplo, nada dice el CC sobre el plazo para ejercitar la acción o de la legitimación de los sucesores de la madre en el caso más fácilmente imaginable; es decir, aquel donde la filiación “matrimonial” se sostiene por inscripción practicada por parte médico y sin que la madre formule “desconocimiento” en plazo legal (arts. 47, párr. últ., LRC, 167 y 182 RRC).

(32) Es decir, los hechos sin vicios; véase nota anterior.

E) Legitimación de los sucesores.

En cuanto a la legitimación de los sucesores, el CC, o bien la atribuye en variada gama o bien la silencia. La silencia el artículo 137 para el supuesto de impugnación de su párrafo 1.º, lo mismo que el artículo 139. Mientras que el artículo 136 se la atribuye “a cada heredero”, el 137, a los “herederos” del hijo cuando falta posesión de estado de filiación “matrimonial”; y el artículo 141, a los “herederos” del que “hubiere otorgado” el reconocimiento viciado. La confusión ya es total en el régimen del artículo 140, para la filiación “no matrimonial”: su primer párrafo legitima a todos aquellos “a quienes perjudique” si falta posesión de estado, en tanto que su segundo párrafo legitima “a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos” cuando sí hay posesión de estado.

4. Efectos de la acción de impugnación

La sentencia que declara la inexistencia de la filiación produce la destrucción del parentesco, que, consiguientemente, deja de producir efectos *ex nunc* para lo sucesivo. Pero, en sintonía con el artículo 112, produce, al mismo tiempo, efectos *ex tunc* y no sólo por cuestión de la desaparición del parentesco, sino también por cuestiones puramente hereditarias.

4.1. Efectos *ex nunc*.

El efecto inmediato resultante del ejercicio exitoso de una acción de impugnación es la destrucción del parentesco; y, evidentemente, no sólo del que venía existiendo entre el progenitor e hijo cuyo vínculo resulta ser finalmente aparente, sino del que venía existiendo entre cualquiera de ellos con los parientes del otro, del mismo modo que el que venía existiendo entre los propios parientes respectivos hasta el límite legal (el cuarto grado *ex art.* 954). Así, por ejemplo, en el caso de los parientes del padre cuya paternidad se ha impugnado con éxito, se destruye el parentesco entre los ascendientes de dicho padre respecto de quien venía siendo considerado como hijo (los que éste tenía por abuelos o bisabuelos paternos del hijo dejan de serlo); pero también se destruye el parentesco que venía existiendo entre tales ascendientes del progenitor con los descendientes del hijo. Igualmente se destruye el parentesco entre los descendientes del padre con el hijo (los que éste tenía por hermanos de doble vínculo pasan a ser medio-hermanos por parte de madre; en su caso, los que se tenían por medio-hermanos por parte de padre, dejan de serlo; lo mismo respec-

to de los descendientes de tales medio-hermanos); pero también se destruye el parentesco habido entre estos descendientes del padre con los expresados descendientes del que venía siendo considerado como hijo. Y también se destruye el parentesco entre los colaterales del padre y el hijo, hasta el citado límite legal (tíos-abuelos, tíos y primos dejan de serlo); lo mismo que también se destruye el parentesco que, dentro del mismo límite legal, venía existiendo entre dichos colaterales del padre con los descendientes del hijo (33).

Con la destrucción del parentesco desaparece, pues, toda pretensión de alimentos que pudiese estar vigente en el momento en que la sentencia declara extinguida la filiación, sea entre el hijo y el progenitor o entre sus parientes, en la medida que estuviesen obligados a darlos; y, por supuesto, desaparece en adelante toda posibilidad de plantear cualquier pretensión de esa naturaleza entre los parientes que antiguamente venían obligados a prestarse alimentos. Igualmente desaparece toda expectativa sucesoria no sólo entre los que venían siendo considerados como hijo y progenitor, sino entre los parientes respectivos con tal expectativa. Asimismo, cesan los impedimentos matrimoniales que hasta entonces venían rigiendo.

4.2. Efectos retroactivos.

Brevemente, los efectos retroactivos de la impugnación de la filiación pueden sistematizarse como sigue:

A) *Reintegración de prestaciones hechas por razón de la filiación aparente.*

La impugnación exitosa de la filiación autorizará al que venía siendo considerado como progenitor a ser reintegrado de lo que dio, hizo o dejó de hacer por razón de la filiación; y lo propio ocurrirá respecto del que venía siendo considerado como hijo. En particular, les autorizará para reclamar los alimentos que dieron mientras subsistía la filiación aparente, sea por razón de la minoría de edad del hijo o, en general, cuando el progenitor o el hijo tenían necesidad de recibirlos. Ahora bien, hay que observar que, a diferencia de las acciones de reclamación, donde, además, del establecimiento de una determinada filiación, se pretende simultánea-

(33) Nótese, para evitar confusiones, que, en el ejemplo del texto, los ascendientes, descendientes y colaterales del padre aparente sólo pueden emparentar con los descendientes del hijo aparente: los ascendientes y colaterales de tal hijo aparente correspondientes a la línea materna son extraños. El lector saldrá de su confusión si esquematiza gráficamente los parentescos referidos.

mente la impugnación de otra contradictoria (cfr. art. 134), en la acción de impugnación, la pretensión a discutir se restringe únicamente a la inexistencia de una determinada filiación; y esto significa que, declarada judicialmente esa inexistencia, los que hasta entonces se tuviesen por hijo o progenitor pueden no tener a quien dirigir sus pretensiones de reintegración. Así, por ejemplo, el padre aparente que pretenda reclamar los alimentos que dio al hijo igualmente aparente durante su minoría de edad quedará, sin embargo, insatisfecho si la filiación materna no está establecida y, además, tampoco se determina posteriormente la paterna. Recuérdese, en este sentido, que, por cuestión del artículo 1894, párrafo 1.º, no es el que se tuvo por hijo quien está obligado a reintegrar los alimentos dados por el que se tuvo por padre, sino el que verdaderamente debiese haberlos dado. De este modo, siguiendo el ejemplo propuesto, el padre aparente podría, en alguna medida, reclamar tales alimentos a la madre, si su filiación estuviese establecida (cfr. art. 145, párr. 1.º); o, en su caso, al que ulteriormente fuese establecido como padre verdadero. En defecto de ambas personas, el progenitor aparente que dio alimentos sin estar obligado a ello no tendrá, en consecuencia, título para ser reintegrado de ninguna otra persona.

Distintamente, el progenitor o hijo aparentes sí se podrán reclamar recíprocamente lo que, por razón de la filiación, uno dio o hizo por el otro al margen del derecho de alimentos; así, por ejemplo, padre e hijo podrán reclamarse cuantas donaciones se hubiesen hecho por consideración a una filiación que finalmente resultó ser sólo aparente. Lo mismo hay para los parientes respectivos.

B) Extinción de deudas.

De forma consecutiva a la reintegración, la declaración judicial de inexistencia de la filiación provocará de forma igualmente automática la inexistencia de aquellas deudas insatisfechas que el progenitor aparente tuviese contraídas con el hijo supérstite por razón de la filiación, y viceversa; en particular, se reputará inexistente la deuda de alimentos atrasados, ya respecto de los debidos y no pagados por el progenitor al hijo como de los debidos y no pagados por el hijo al progenitor; ello, incluso en el caso de los alimentos debidos y no pagados a un menor de edad (34).

(34) Tales alimentos debidos deberán ser sufragados por el progenitor cuya filiación sí esté determinada; y, si tampoco lo está, por la entidad pública a quien se confíe la guarda del menor.

C) Pretensiones hereditarias.

Cuando la inexistencia de la filiación se declara con posterioridad al fallecimiento bien del que se tenía como progenitor o bien del que se tenía como hijo y, además, ha habido un llamamiento sucesorio de uno a otro, ya por abintestato, por legítima o, también, por llamamiento testamentario hecho por cuestión de la filiación que el testador creía cierta (35), quienes resulten verdaderos herederos estarán automáticamente legitimados para ejercitar la *petitio hereditatis* contra los citados progenitor o hijo llamados, que serán meros sucesores aparentes. Y nótese que estarán autorizados con independencia de si son o no parientes del causante, porque su interés es, llanamente, percibir una mayor porción de su herencia (suponiendo que no se trata de una *hereditas damnosa*).

Lo propio ocurrirá cuando, antes de la declaración de la inexistencia de la filiación, hubiesen fallecido tanto el falso progenitor como el falso hijo y el llamamiento sucesorio hubiese alcanzado a los parientes de uno de ellos, que serían entonces los sucesores aparentes; por ejemplo, cuando el falso hijo fallece antes que el falso padre y suceden los descendientes de ese hijo bien como legitimarios o bien por representación como herederos intestados.

Además de la *petitio hereditatis* contra quien resulten sucesores aparentes, los verdaderos sucesores estarán autorizados a reclamar los reintegros antes aludidos a que hubiese tenido derecho su causante (*supra* apartado A), si existen personas a quienes reclamarlos; se tratará, simplemente, de un crédito que se les transmitirá por sucesión *mortis causa*.

4.3. Actos del progenitor aparente en nombre del hijo menor o incapaz.

Como regla general, la impugnación de la filiación no debe perjudicar los actos que el progenitor aparente hubiese realizado en nombre del menor o incapaz durante el tiempo que estuvo a su cuidado. Aquí se impone el superior interés del menor o incapacitado (36).

(35) Por ejemplo, cualquier legado de la parte libre hecho por expresa consideración a tal filiación.

(36) Esta regla es especialmente diáfana respecto de los actos de contenido patrimonial, como, por ejemplo, las enajenaciones de bienes del menor o incapaz o, en general, los actos de administración y disposición de tales bienes. A menos de representar un evidente perjuicio para el menor que, consiguientemente, exija intervención judicial (cfr. art. 158); o que, en su caso, posibilite la rescisión por lesión (art. 1291.1.º), todos esos actos son inimpugnables y persisten una vez establecida la filiación verdadera.

Cuando, por el contrario, los actos afectan a cuestiones extrapatrimoniales, su subsistencia posterior puede ser discutible; así, por ejemplo, cuando el establecimiento de la filiación verdadera plantea posibles traslados de domicilio del menor y, consiguientemente, el cambio del cen-

Sin recurrir al superior interés del menor, también queda subsistente la responsabilidad del progenitor aparente por ilícitos civiles o penales cometidos por dicho menor durante el tiempo en que se sostuvo la filiación. Nótese, en efecto, que la responsabilidad del progenitor, aunque sea aparente, no es objetiva y se impone por una negligencia *in vigilando* (art. 1903, últ. párr.); siendo así, el progenitor no puede repercutir dicha negligencia en persona alguna cuando finalmente se destruya la filiación; por supuesto, no puede repetir contra el hijo aparente que cometió el ilícito siendo menor (quien ya asumirá la indemnización si es solvente); pero tampoco puede hacerlo contra el otro progenitor o, en su caso, con el que ulteriormente reclame la filiación que se impugnó (37).

5. Legitimación activa de la acción de impugnación

En contra de la errónea sistemática del CC, no puede haber duda alguna en punto a que tanto el progenitor y con el hijo aparentes están legitimados para impugnar la filiación cualquiera que sea el medio de prueba en que se venga sosteniendo. Hay que descartar, pues, que el “marido” esté sólo legitimado cuando la filiación se sostenga en base a su inscripción en el Registro Civil (art. 136), del mismo modo que hay que descartar que tal inscripción sea lo único que pueda impugnar el hijo en el caso del artículo 137, o el progenitor y el hijo en el del artículo 140, párrafo 2.º Aunque la inscripción sea, en la práctica, el medio de prueba fundamental en que la gran mayoría de los casos se sostiene la filiación, es evidente que progenitor e hijo aparentes han de poder impugnarla con total independencia del medio de prueba en que se venga sosteniendo, sea o no la inscripción. En este punto, el CC sólo acierta cuando otorga a la madre una legitimación abstracta que, de forma general, le permite impugnar cualquier hipótesis de filiación, es decir, por “no ser cierta la identidad del hijo” (art. 139) (v. *supra* 3.2, apartados A, B, C y D).

tro educativo que el progenitor o tutor aparentes hubiese designado para el menor o incapaz. Habida cuenta del superior interés del menor o incapaz, será la autoridad judicial la que, en base al citado artículo 158, haya de tomar, en su caso, la decisión más adecuada para la protección de ese interés.

(37) Distintamente, el progenitor sí estará autorizado a repetir contra el hijo que hubiese cometido un ilícito penal durante su minoría de edad; y, además, con independencia de si la filiación se destruye o no. Aquí la responsabilidad solidaria que le impone la Ley sólo tiene el designio de favorecer a la víctima (art. 61.3 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores), pero, obviamente, no excluye que el progenitor que haya actuado sin negligencia alguna pueda, posteriormente, exigir al hijo el reintegro de lo que por cuestión de esa responsabilidad solidaria pagó por la culpa o dolo de dicho hijo.

5.1. Legitimación de terceros.

En cuanto a las personas que, distintas del progenitor e hijo aparentes, tienen, no obstante, interés legítimo bastante para ejercitar la acción de impugnación, hay que prescindir, de nuevo, del mayúsculo desorden del CC, que conduciría a soluciones torticeras. Aquí el esquema a seguir es el de las acciones de reclamación, donde son los parientes del progenitor o hijo fallecidos quienes tienen dicho interés en ejercitarlas, estando, por tanto, legitimados para ello. Recuérdese, en este sentido que, en el régimen del artículo 131, la legitimación se extiende a los parientes aunque no sean sucesores cuando se reclama una filiación sostenida en base a posesión de estado; mientras que en el régimen de los artículos 132 y 133, para el caso en que la filiación reclamada carece de posesión de estado, la legitimación se restringe a los parientes que, además, sean sucesores. Todas las demás personas quedan excluidas y, en particular, los acreedores del progenitor o hijo fallecidos. Y, por supuesto, su legitimación sólo opera cuando ya haya fallecido el progenitor o hijo con el cual se emparentan; mientras éstos viven, sólo ellos están legitimados para el ejercicio de la acción (38).

Este sistema de legitimación ha de ser también aplicable a la acción de impugnación. Habida cuenta que la impugnación produce inequívocos efectos respecto de los parientes (v. *supra* 4.1), hay que concluir que están legitimados para ejercitar la acción. Tal legitimación operará en distintos planos, según se trate de impugnar una filiación con o sin posesión de estado. Todo ello, sin perjuicio de la legitimación de los herederos del progenitor o hijo aparente fallecido, aunque sean extraños; nótese, en este sentido, que esta legitimación de herederos extraños es exclusiva de la acción de impugnación, porque en la de reclamación la legitimación de los terceros es únicamente por razón de parentesco (39).

A) *Sin posesión de estado.*

Cuando la filiación que se impugna no se venga sosteniendo en la posesión de estado, tales parientes estarán legitimados aunque no sean sucesores del progenitor o hijo aparente fallecidos; de la propia literalidad del artículo 137, párrafo 3.º, y 140, párrafo 1.º, ambos para la impugnación de la filiación sin posesión de estado, ya se desprende un principio según el cual la inexistencia de tal posesión de estado se corresponde con la legitimación más amplia. Ocurre lo mismo que en las acciones de reclama-

(38) Respecto de todas estas cuestiones, véase *supra* apartados 1 y 2.

(39) Véase, de nuevo, los apartados 1 y 2.

ción, donde, de forma correlativa, es la existencia de posesión de estado la que se corresponde con la legitimación más amplia (art. 131). Esta distinción legal está justificada, porque, tratándose de la acción de reclamación, la filiación que se venga sosteniendo en base a posesión de estado tiene, lógicamente, mayores posibilidades de ser verdadera; y tal circunstancia parece suficiente para incrementar el número de personas legitimadas para su ejercicio. Correlativamente, cuando se trata de una acción de impugnación de una filiación que no se venga sosteniendo por posesión de estado, las posibilidades de que tal filiación no sea verdadera son igualmente mayores, lo que vuelve a justificar una legitimación más amplia. Tal legitimación ha de corresponder, pues, a los mismos parientes del citado artículo 131 (40).

B) Con posesión de estado.

Por el contrario, cuando la impugnación es sobre una filiación que sí se viene sosteniendo por posesión de estado, la legitimación no tiene que ser necesariamente tan extensa. Para tales casos, siguiendo el planteamiento de los artículos 132 y 133 a *contrario sensu*, la legitimación se restringirá a los parientes que, a su vez, sean herederos. Y, en el caso de una impugnación de una filiación “no matrimonial”, aunque no sean “herederos forzosos”, no obstante la errónea literalidad del artículo 140, párrafo 2.º: En efecto, para los parientes, la *ultima ratio* en que se fundamenta su legitimación no es si son sucesores de una especie u otra, sino, simplemente, el estar vinculados con el progenitor o hijo supérstite (o con sus parientes, si también ha fallecido) por una relación legal de parentesco. Tanto da, pues, que sean legitimarios, herederos intestados o simples herederos testamentarios llamados a la parte libre.

C) Herederos extraños.

Por último, quienes sean herederos del progenitor o hijo aparente, aunque no sean parientes, estarán legitimados para impugnar la filiación en el caso antes indicado (*supra* 4.2-C); es decir, cuando, por razón del parentesco, haya habido un llamamiento sucesorio al que se tenía por progenitor o por hijo (o sus parientes, si también han fallecido). En tales

(40) Nótese que, con esta interpretación, se evitan paradojas tales como la de que se plantearía de seguir la literalidad del artículo 136; es decir, que el único heredero del “marido” sea, precisamente, el hijo cuya filiación se trata de impugnar: en un caso así, los ascendientes y colaterales del padre fallecido deberían aceptar forzosamente la filiación aparente a menos de ser impugnada por el hijo, que sería el único legitimado para ello.

casos, el interés de los herederos, aunque no sean parientes del causante de la sucesión, tienen el obvio interés en percibir una mayor porción de la herencia, a lo que tendrían derecho caso de prosperar la acción de impugnación: una vez firme la sentencia que establezca la inexistencia de la filiación, los herederos del citado causante podrán ejercitar la *petitio hereditatis* contra el que, por tenerse como progenitor o como hijo (o sus parientes, si también ha fallecido), fue llamado a su sucesión. Dicho de otra forma, tras la impugnación exitosa de la filiación, el que se tenía por progenitor o por hijo (o sus parientes) pasará a ser un mero sucesor aparente, titular, por tanto, de una posición jurídica claudicante ante el *verus heres*.

6. Plazos de la acción de impugnación

El anárquico sistema de plazos que la literalidad del CC establece para las acciones de impugnación debe superarse aplicando la misma solución dada en sede de acciones de reclamación (v. *supra* 2.2). De entrada, considerando no vigente la no sujeción a plazo en caso alguno, como, sin embargo, plantea erróneamente la letra del artículo 137, párrafo 3.º Y, a partir de aquí, entendiendo aplicable el plazo general del artículo 1964 cuando quienes ejercitan la acción son el progenitor o hijo aparente y el de cuatro años cuando quienes la ejercitan son otras personas (41).

Cualquier otra solución que pase por tratar de conciliar el desorden de los artículos 136-141 será artificiosa: no hay, en efecto, manera de justificar tanta diversidad de plazos porque, como se ha venido diciendo en los apartados anteriores, el interés que subyace en las acciones de impugnación, lo mismo que sus efectos, es de la misma naturaleza que en las acciones de reclamación. No hay razón, por ejemplo, para atribuir a la acción de impugnación del marido el breve plazo anual del artículo 136 y, en cambio, posibilitar la impugnación “en cualquier tiempo” por los herederos del hijo en el supuesto del artículo 137, párrafo 3.º (filiación “matrimonial” sin posesión de estado). Todo ello, al margen de los silencios legales para las acciones de los artículos 138 (para la acción de impugnación por la madre) y 140 párrafo 1.º (para la filiación “no matrimonial” sin posesión de estado), donde la determinación de los plazos queda a expensas del intérprete.

(41) Esta unicidad de plazos es el criterio del Código francés, que establece la solución correcta al sujetar todas las acciones de filiación a un plazo general común (el decenal del 321); ya antes de la reforma de 2005 todas las acciones de filiación estaban sujetas al plazo general treintenual del antiguo artículo 311-7 y al especial para los herederos del antiguo artículo 311-8.

Por último, el mismo criterio de las acciones de reclamación ha de entenderse aplicable para determinar el *dies a quo*, día que, con arreglo a la doctrina de las SSTC 138/05 y 156/05, habrá de coincidir con aquel en que los legitimados conocen los hechos en que se sostiene la falsedad de la filiación.

LA CONVIVENCIA DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

JOSÉ MARÍA ENDEMAÑO ARÓSTEGUI

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona.

*Letrado de los Servicios Jurídicos Centrales de la Administración
de la Comunidad Autónoma del País Vasco*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRIMER PASO. RECONOCIMIENTO TRANSITORIO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. 3. LA PROGRESIVA EQUIPARACIÓN LEGAL DEL CONVIVIENTE DE HECHO AL CÓNYUGE. 4. IMPRECISIÓN DE LA REALIDAD FÁCTICA QUE SE EQUIPARA AL MATRIMONIO. 5. LAS UNIONES DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC. 6. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA DEL TC. 7. LAS UNIONES DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS. 8. A MODO DE RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS.

1. Introducción

La convivencia, en un mismo domicilio, de dos personas que mantienen una relación estable, permanente en el tiempo, al menos aparentemente, según la percepción del entorno social, del mismo tipo que la que mantienen los miembros de una pareja vinculados por una relación conyugal, es algo que en la sociedad actual se ve con una cierta naturalidad. La convivencia de mero hecho, *more uxorio* (1), no es un fenómeno nuevo. Se ha ido implantando progresivamente desde hace varias décadas (2), al amparo del principio general de libertad en la configuración de las relaciones de orden civil, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial. La Constitución Española (CE) considera la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español (art. 1.1). Esta declaración de la norma suprema habilita un amplísimo margen de disponibilidad para la configuración de las relaciones jurídicas interpersonales, con el límite del respeto a la ley y a los derechos de los demás (art. 10.1 CE). Las personas físicas no necesitan una ley expresa habilitante para entablar las relaciones de Derecho privado que estimen convenientes dentro de su amplio ámbito de actuación. Para regular sus relaciones podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1255 del Código Civil, en adelante, CC).

El matrimonio es una institución que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las personas que deseen formalizarlo como negocio jurídico y someterse a la regulación prevista para éste en la ley (arts. 44 y ss. del CC). Como dice el artículo 32.1 CE, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Los que libremente ejercen este derecho quedan vinculados en un entramado de derechos y obligaciones recíprocas y asumen unos nuevos estado civil y relaciones de parentesco. Parece evidente que las personas que pudiendo contraer matrimonio conviven sin contraerlo no quieren quedar sometidas a las relaciones recíprocas que genera este negocio jurídico ni, en general, a la regulación prevista para esta institución en el ordenamiento (3). La con-

(1) La terminología empleada es muy variada: "parejas de hecho", "uniones de hecho", "parejas no casadas", "uniones extramatrimoniales", etc.

(2) Dejando de lado usos sociales de épocas históricas y sociedades más o menos remotas, que aquí no vienen al caso.

(3) Más adelante analizaremos extensamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo (TS) sobre la materia; pero, como muestra de lo que decimos, baste citar la STS de 24 de noviembre de 1994 (RJ 8946/1994), refiriéndose a las uniones de hecho: "quienes de tal forma se unieron pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente

vivencia extramatrimonial no es una situación prohibida por el Derecho positivo, ni carente de regulación [aunque no tenga, en el Derecho estatal (4), una regulación general propia como situación jurídica diferenciada de otras]. Puede sorprender, a primera vista, la pretensión, de los miembros de las parejas de hecho, de equiparar su posición jurídica a la de los cónyuges. La cuestión tiene una respuesta obvia: la celebración del matrimonio da satisfacción plena a esa pretensión. No parece fácil entender que se reivindique la equiparación a una situación jurídica que no se quiere adquirir. Quizá la explicación provenga de que el ordenamiento anuda al matrimonio, además de relaciones de Derecho privado recíprocas entre los cónyuges, una serie de trámites, ciertamente gravosos, para los supuestos de separación y divorcio; unas posiciones activas más favorables ante la Administración Pública, aunque éstas se van diluyendo progresivamente (pensión de viudedad y otras en el ámbito fiscal, en relación con los servicios sociales y la prestación de determinados servicios públicos). Entra dentro de la lógica humana que los convivientes de hecho deseen acogerse a las posiciones favorables que el ordenamiento anuda a la institución matrimonial y evitar las cargas o posiciones gravosas vinculadas a la misma. Para ello recurren a una relación jurídica distinta de la conyugal. También parece lógico suponer que personas que no tenían acceso al matrimonio, porque el régimen jurídico del mismo les impedía (personas del mismo sexo, hasta la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE 2 julio 2005), trataran de buscar refugio en aquella relación para acogerse a las posiciones favorables previstas para los cónyuges.

En este trabajo nos limitamos a exponer los términos en los que el Derecho positivo del Estado ha ido incorporando preceptos que toman en consideración la convivencia de hecho; para, a continuación, considerar la jurisprudencia del TC y del TS respecto de las distintas cuestiones jurídicas que plantea dicha forma de convivencia (especialmente en relación con la situación jurídica de los cónyuges). La acotación del objeto de nuestro estudio y la metodología que seguimos en el desarrollo del mismo aconseja, para una mayor claridad expositiva, no desviarnos en

(en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Debe respetarse la decisión personal, libremente tomada de unirse, prescindiendo del vínculo legal del matrimonio y declarar que tales uniones son instituciones sustancialmente distintas, en cuanto a generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales”.

(4) La delimitación de la materia objeto de nuestro estudio nos lleva a considerar solamente este Derecho, por lo que las leyes autonómicas reguladoras de la materia quedan para un estudio posterior.

referencias a trabajos doctrinales, aunque nos hayan resultado de extraordinario valor para conocer y formar nuestro criterio sobre esta problemática jurídica y abordar este trabajo (5).

2. Primer paso. Reconocimiento transitorio de la pensión de viudedad

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE 20 julio 1981), dio relevancia jurídica a la convivencia de hecho en los dos aspectos siguientes:

- a) Estableció una norma de carácter provisional (6), según la cual, quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por imperdírsele la legislación vigente hasta la fecha (en la que no cabía la disolución de matrimonio anterior, por divorcio), pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anteriori-

(5) Los trabajos doctrinales sobre esta materia son muy abundantes y abordan los más diversos aspectos. En razón del criterio de delimitación de nuestro estudio, aquí nos limitamos a dejar una breve referencia de algunos de ellos, de fácil acceso (a través de los cuales se puede acceder a otros muchos), que el lector puede consultar en función de su interés concreto en la materia y del período temporal que le interese: FOSAR BENLLOCH, Enrique: "La Constitución española de 1978 y la unión libre", RJC, 1982, número 4, pp. 89-138, antigua en el tiempo, lo que se manifiesta también en los juicios del autor y en su contenido, con abundantes referencias de Derecho comparado, ya pretérito; MORENO VERDEJO, Jaime: "Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles", RGD, 1994, pp. 12543-9; CANTERO NÚÑEZ, Federico J.: "Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho", RDP, 1995, pp. 219-24; GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: "Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (consideraciones de política legislativa)", *La Ley*, 2001, D-261, pp. 1499-1508, con referencia de otras publicaciones de interés del mismo autor; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo: "Uniones de hecho", *Boletín de Información*, 2002, número 1914, pp. 1257-86; ALONSO HERREROS, Diego: "Funcionamiento y eficacia de los Registros de uniones civiles de hecho en España y en otros países europeos", *Cuadernos de Derecho Público*, número 15, 2002, pp. 93-112; PUIG I FERRIOL, Lluís: "Matrimoni-unió estable de parella: aspectes problemàtics", RJC, 2004, pp. 9-33, especialmente en relación con la legislación catalana; como más recientes, TORRES MATEOS, Miguel Ángel: *Uniones extramatrimoniales*, Ed. Aranzadi, con una rica referencia jurisprudencial; LÓPEZ JIMÉNEZ, David: *Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas*, Ed. Aranzadi, 2007, enfoque práctico, y "Criterios generales de resolución en materia de reclamaciones económicas entre convivientes ampliamente invocados con limitado reconocimiento jurisprudencial", *Revista de Derecho de Familia*, número 39, 2008, pp. 53-83; ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles: "Las uniones de hecho. Aspectos patrimoniales", *Aranzadi Civil*, número 22/2007, con abundantes referencias a la jurisprudencia y también a las leyes autonómicas, especialmente en lo concerniente a los aspectos patrimoniales relacionados con las uniones de hecho; MOLINOS RUBIO, Lucía María: *Régimen fiscal de las parejas de hecho*, Ed. La Ley, 2007.

(6) En tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y seguridad social (v. disp. adic. 10).

dad a la vigencia de la Ley 30/1981, el otro tendrá derecho a las prestaciones de la Seguridad Social y a la pensión correspondiente en cuantía proporcional al tiempo vivido con el conviviente fallecido. Este precepto añade un nuevo supuesto de generación de pensión de viudedad (7), basada en la convivencia extramatrimonial que cumpliera los requisitos que establece.

- b) El artículo 101 CC, en redacción dada por la Ley 30/1981, dio también relevancia a la convivencia extramatrimonial en el sentido contrario al expuesto en el párrafo anterior. El hecho de “vivir maritalmente con otra persona” deviene en causa de extinción de la pensión fijada por resolución judicial en favor del cónyuge al que la separación o divorcio produjo desequilibrio económico (empeoramiento de su situación anterior al matrimonio) en relación con la posición del otro (v. art. 97 CC). La convivencia marital con otra persona se equipara, a estos efectos, con la celebración de un nuevo matrimonio por parte del acreedor a la pensión (8).

La Ley 30/1981 suscitó un interesante debate sobre la constitucionalidad o no de la exigencia legal de vínculo matrimonial para causar la pensión de viudedad. La cuestión de fondo que se discutía era si la no equiparación plena, a efectos de reconocimiento de pensión de viudedad, de la convivencia extramatrimonial con el vínculo matrimonial era una discriminación anticonstitucional o no. Más adelante se tratará extensamente esta cuestión.

(7) Hasta la vigencia de la Ley 30/1981, de acuerdo con el artículo 160 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo –LGSS 1974– (BOE 20 y 22 julio 1974), para ser titular del derecho a la pensión de viudedad se requería que el beneficiario de la misma hubiera contraído matrimonio con el (o la) causante.

(8) La norma 5.ª de la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981 anudaba a la convivencia marital con otra persona (por remisión al art. 101 CC) la pérdida del derecho a pensión de viudedad (y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento) causada por el fallecimiento del cónyuge del que estuvo separado o divorciado o por haberse declarado la nulidad matrimonial. Sin embargo, fue declarada inconstitucional por la STC 125/2003, de 19 de junio (ya había sido derogada anteriormente por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, BOE 31 diciembre 2001), ya que la legislación relativa a la Seguridad Social no contemplaba la convivencia extramatrimonial como causa de extinción de la pensión en caso de que el beneficiario no estuviera separado o divorciado del causante (ni el matrimonio declarado nulo) (v. art. 174 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio –LGSS 1994–, BOE 29 junio 1994). La STC 125/2003 entendió que tal diferencia de trato era contraria al artículo 14 CE. La clara falta de sintonía entre la norma civil y la legislación de la Seguridad Social refleja el escaso análisis jurídico que precedió a la equiparación, limitada y transitoria, de la convivencia de hecho al matrimonio.

3. La progresiva equiparación legal del conviviente de hecho al cónyuge

La legislación del Estado ha seguido, desde los años ochenta, un proceso de progresivo acercamiento de la consideración jurídica del conviviente de hecho a la del cónyuge, pero no de una manera global, sino fragmentaria y a unos determinados y concretos efectos, que devienen acumulativos. Como hitos más relevantes de este proceso podemos señalar (9): a) artículo 10.1 Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (BOE 27 marzo 1984), que equipara, al cónyuge del asilado, a la persona con la que éste se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, a los efectos de conceder, por extensión, la condición de asilado (10); b) la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento "*Habeas Corpus*" (BOE 26 mayo 1984), equipara al cónyuge, del privado de libertad, a la persona unida a éste por análoga relación de afectividad, a efectos de instar el procedimiento (11); c) el artículo 391.1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio,

(9) Sin intentar abarcar toda la normativa que da relevancia jurídica a la convivencia de hecho (casi siempre para equipararla, plena o parcialmente, al matrimonio); puesto que tal pretensión omnicomprendensiva no añadiría nada al objeto de este trabajo.

(10) El hecho de que la relación de afectividad y la convivencia se hayan producido, normalmente, en caso de que así sea, en el país del que han huido los solicitantes de asilo; y la no precisión legal del tiempo mínimo de convivencia exigido, ni de los requisitos que han de concurrir para que la relación de afectividad y convivencia pueda ser calificada de análoga a la conyugal, evidencian la dificultad para adoptar una resolución con criterios seguros. En el Derecho Comunitario, aunque muy posterior en el tiempo, la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre reagrupación familiar (DOL 3 octubre 2003), también aplicable a los refugiados, cita, entre los familiares a los que los Estados miembros autorizarán la entrada y residencia, al cónyuge e hijos menores y, a continuación, señala que también podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y residencia, en las condiciones que establece la Directiva (además de a ascendientes e hijos mayores solteros), "de la pareja no casada nacional de un tercer país que tenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada o nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada..." (art. 4); y el último párrafo del artículo 5.2 añade: "Cuando se examine una solicitud relativa a la pareja no casada del reagrupante, los Estados miembros tendrán en cuenta, con el fin de probar la existencia de vínculos familiares, elementos tales como hijos comunes, la cohabitación previa, el registro de la pareja o cualquier otro medio de prueba fiable". Vemos que la Directiva no recurre a la confusa analogía de la relación, sino a determinadas relaciones previas, objetivamente constatables (cohabitación previa, hijos comunes, registro), entre el reagrupante y su "pareja no casada", que ésta deberá probar en el expediente administrativo que se instruya; por otra parte, la Directiva no equipara (a los efectos a que se refiere) a la pareja no casada con el cónyuge, sino que remite la cuestión a la legislación de los Estados miembros.

(11) El *Habeas Corpus* es un procedimiento para obtener la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente, de cualquier persona que se considere detenida ilegalmente (v. Exposición de motivos y art. 1 Ley Orgánica 6/1984). La Ley no exige ningún elemento o circunstancia fáctica externamente constatable para apreciar la equiparación y la consiguiente legitimación para solicitar el inicio del procedimiento; lo que no parece tener mayor trascendencia jurídica, en este caso, ya que el propio juez competente (v. arts. 2 y 3 Ley Orgánica 6/1984) puede instar, de oficio, el procedimiento, si aprecia indicios suficientes para ello.

del Poder Judicial (BOE 2 julio 1985), equipara a magistrados “unidos por vínculo matrimonial” con los que lo estén por una “situación de hecho equivalente”, a efectos de que no puedan pertenecer simultáneamente a una misma Sala (sin precisar nada acerca de qué elementos deben concurrir para que se produzca esa relación de equivalencia); d) la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores (BOE 17 noviembre 1987), establece que las referencias de dicha Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal (no se exige expresamente la convivencia, aunque ésta podría facilitar la prueba de la relación, ni se precisa el tiempo de permanencia necesario); e) varios artículos del Código Penal (12) equiparan, a diversos efectos, al cónyuge, con la persona ligada por análoga relación de afectividad a la conyugal (13); f) el artículo 2.3 Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (BOE 12 diciembre 1995), equipara (a los efectos de atribuirle la condición de beneficiario, a título de víctima indirecta), al cónyuge del fallecido (que a la fecha del fallecimiento no estuviera separado legalmente), a la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; g) el artículo 3 Ley 32/1999, de 8 de octubre, por la que se regulan las ayudas a las víctimas del terrorismo (BOE 9 octubre 1999), produce una equiparación similar a la anterior, suprimiendo la expresión “con independencia de su orientación sexual”, a los efectos de beneficiarse de las indemnizaciones previstas para el supuesto de fallecimiento de la víctima (14).

(12) En adelante CP, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE 24 noviembre 1995).

(13) Véase esp. artículos 23, 153, 173.2, 424, 443, 454 y 617.2, algunos de ellos objeto de diversas modificaciones, en cuyo detalle no entramos; es de resaltar que, en algunos casos, no se exige la convivencia para la equiparación (v. art. 153, en redacción dada por el art. 37 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia doméstica, BOE 29 diciembre 2004).

(14) Sin embargo, el artículo 7 de la misma Ley, al referirse a la exención de tasas académicas en centros oficiales de estudios de todos los niveles de enseñanza, hace mención sólo “a las víctimas de actos terroristas así como a sus cónyuges y sus hijos”. Más recientemente, el RD-Ley 6/2006, de 23 de junio, sobre pensiones excepcionales derivadas de atentados terroristas (BOE 24 junio 2006), extiende la condición de beneficiario “a quienes acrediten fehacien-

La equiparación de la unión de hecho al matrimonio, en materia de arrendamientos urbanos, vino motivada por la STC 222/1992, de 11 de diciembre. Esta sentencia declaró la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 58.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU 1964), aprobada por D. 4104/1964, de 24 de diciembre (BOE 28 diciembre 1964) (15), por excluir al conviviente de hecho del derecho que reconoce, al cónyuge, a subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendatario, al fallecimiento de éste (16). La equiparación que reclamaba el TC se incorporó al derecho positivo en el número 7 de la disposición transitoria segunda de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (BOE 25 noviembre 1994), para contratos de arrendamiento anteriores al 9 de mayo de 1985 y, con carácter general, en el artículo 16.1 de la Ley. Se equipara al cónyuge la persona que hubiera estado conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia (17). El artículo 12.4 Ley 29/1994 extiende la equiparación, en los mismos términos, a los supuestos de desistimiento y abandono de la vivienda alquilada sin manifestación de desistimiento, por parte del arrendatario (en los que se reconoce al cónyuge y al conviviente —cumpliendo los requisitos señalados— el derecho a continuar como arrendatario).

temente haber convivido con una persona fallecida a causa de un atentado terrorista, siempre que dicha convivencia constituyere una relación de afectividad análoga a la del matrimonio y se hubiere producido de forma permanente durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento”.

(15) El artículo 58.1 LAU establecía lo siguiente: “Al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge, descendientes, con preferencia los hijos varones menores de edad, las hijas solteras y los mayores impedidos físicamente, hijos adoptivos que hubieran sido adoptados antes de cumplir los dieciocho años, ascendientes y hermanos, con preferencia las hermanas solteras, tanto en el parentesco legítimo como en el natural, que con aquél hubiesen convivido habitualmente en la vivienda con dos años de antelación a la fecha de fallecimiento, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendatario. No será necesaria la convivencia de los que estuviesen sometidos a la patria potestad del fallecido, y respecto al cónyuge, bastará la mera convivencia, sin exigencia en el plazo de antelación”.

(16) La STS 222/1992 no declara nula, por inconstitucional, ninguna parte del precepto, sino la exclusión del mismo (por no estar citado) del conviviente de hecho.

(17) Aparentemente, la equiparación no es plena, ya que al cónyuge no se le exige un plazo de convivencia con el inquilino fallecido. Cabe entender los dos años de convivencia previa, que se exigen al conviviente, como un requisito de permanencia de la relación fáctica, no exigible cuando hay descendencia en común. Es de resaltar la dificultad para identificar la “análoga relación de afectividad a la de cónyuge”, puesto que, según el legislador, dicha analogía hay que entenderla con independencia de la orientación sexual de los convivientes. Con ello abre la posibilidad de equiparar al matrimonio (y por analogía de la relación) la convivencia entre personas del mismo sexo, cuando aquél sólo podía producirse entre personas de distinto sexo.

Finalmente, traemos a colación el artículo 5-tres de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE 5 diciembre 2007), que modifica el artículo 174 LGSS (1994) y reconoce la pensión de viudedad a quien se encontrare unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando pareja de hecho (y acredite unos requisitos relativos a ingresos, en cuyo detalle no entramos, pero que no se exigen al cónyuge). Considera pareja de hecho, a estos efectos, “la constituida, por análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante”. Añade que en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia de cinco años (en los términos expuestos), “la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”. Por otra parte, establece que la constitución de la pareja de hecho constituye causa de extinción del derecho a la pensión de viudedad (18).

Entendemos que lo expuesto permite inducir, con suficiente fidelidad, el criterio utilizado por el legislador estatal para incorporar progresivamente, al ordenamiento, preceptos tendentes a equiparar, a determinados efectos jurídicos, al conviviente *more uxorio* con el cónyuge (19). No hay

(18) La disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 reconoce, con carácter excepcional, pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante antes de la entrada en vigor de dicha Ley, se den, entre otras circunstancias (relativas a alta y cotización del causante, carencia de otras pensiones por parte del beneficiario y plazo de solicitud): a) que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida como pareja de hecho (en los términos del art. 174 LGSS 1994) durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste; y b) que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.

(19) Se podrían seguir enumerando preceptos, como el artículo 13.2 Ley Orgánica 1/2002, de 22 de febrero, reguladora del derecho de asociación (BOE 26 marzo 2002); incluso a nivel reglamentario, como el artículo 15.1.a) Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por RD 375/2003, de 28 de marzo (BOE 11 abril 2003) (por cierto, en ambos se equipara, al cónyuge, al conviviente “con análoga relación de afectividad”); y es muy probable que sigan apareciendo nuevos preceptos en sentido similar; pero, a los efectos de nuestro estudio, nos es suficiente con los reseñados.

una equiparación de carácter general, lo que cabe interpretar en el sentido de que el legislador sólo la quiere a los efectos concretos que produce, no a otros distintos.

4. Imprecisión de la realidad fáctica que se equipara al matrimonio

Como vemos, las leyes de equiparación no delimitan con precisión qué características objetivamente identificables han de concurrir en la unión de hecho para que sea equiparada al matrimonio. La Ley 30/1981 utiliza la expresión “vivir maritalmente” (20). Posteriores preceptos legales describen la situación equiparable al matrimonio de diversas maneras: “análoga relación de afectividad y convivencia”; “análoga relación de afectividad”; “situación de hecho equivalente” [al vínculo matrimonial]; “relación de afectividad análoga a la conyugal”; y otras similares. No creemos que de los preceptos legales de referencia se pueda extraer una categoría jurídica genérica y universalmente válida de unión de hecho, pues todo indica que la equiparación se pretende con una finalidad limitada a la *ratio legis* de la norma respectiva. La mayor parte de los preceptos exige la existencia de una “análoga relación de afectividad” (21) a la conyugal, algunas veces unida a la convivencia, otras sin hacer mención a ella y otras excluyendo expresamente la necesidad de su concurso.

De acuerdo con el artículo 4.1 CC, procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Los preceptos mentados (los de equiparación) tratan de determinar las situaciones a las que se ha de aplicar el régimen previsto para el matrimonio, con lo que es el mismo legislador el que establece la identidad de razón entre supuestos distintos. La cuestión consiste en identificar cuáles son esos supuestos que califica como análogos. El regulado, cuyo régimen jurídico se trata de extender por ley, es el de matrimonio o la relación conyugal. Sin embargo, los supuestos o situaciones que se califican como análogos no son el de matrimonio (o situación de cónyuge) y otro, sino una relación de hecho subyacente a la conyugal y otra. La mayor parte de los

(20) Textualmente, en la redacción que da al artículo 101 CC; y en su disposición adicional 10, la Ley 30/1981 se refiere a “quienes no hubieran podido contraer matrimonio... pero hubieran vivido como tal...”.

(21) Según el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, la palabra “afectividad” tiene tres acepciones: 1) calidad de afectivo; 2) desarrollo de la propensión a querer; y 3) conjunto de fenómenos afectivos; afectivo significa perteneciente o relativo al afecto o a la sensibilidad; y, por afecto, en la acepción que aquí nos interesa, entiende cualesquiera de las pasiones del ánimo (más particularmente, amor o cariño).

preceptos exige, para producir la equiparación al matrimonio, la existencia, entre los miembros de la relación de hecho, de una “análoga relación de afectividad” a la que existe entre los cónyuges. Las dificultades que para la labor hermenéutica presenta la expresión legal son evidentes. Obliga a aplicar la analogía a una “relación de afectividad”, sólo apreciable en la esfera interna de los sentimientos de los sujetos, difícilmente aprehensibles por quien aplica el Derecho; además, tampoco cabe afirmar la existencia de una “relación de afectividad” idéntica, aplicable con carácter universal, a todas las personas unidas por vínculo conyugal. Lo que caracteriza al matrimonio y determina la existencia de la relación conyugal es la manifestación válida del consentimiento matrimonial (art. 45 CC), que genera un estado civil (con todo su entramado de relaciones jurídicas) perfectamente identificado en el ordenamiento y, en consecuencia, diferente a cualquier otro. El matrimonio no se caracteriza por una “relación de afectividad” concreta, ni la genera, ni es jurídicamente exigible; los derechos y deberes, recíprocamente exigibles entre los cónyuges, son independientes de la concreta “relación de afectividad” que exista entre ellos. No parece necesario insistir más en esta cuestión que, por obvia, no presenta mayores dificultades de comprensión. El legislador quiere equiparar supuestos o situaciones que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no son equiparables. El matrimonio (negocio jurídico que genera un estado civil) con una mera relación de hecho; y, con la pretensión de salvar la dificultad, intenta encontrar una relación fáctica subyacente a aquel estado civil, la cual no es aprehensible para el operador jurídico, por la sencilla razón de que no es identificable. El siguiente paso es tomar como referente esta, indefinida y jurídicamente irrelevante, relación fáctica subyacente al matrimonio, para extender parcialmente (22) el régimen jurídico establecido para éste a unas relaciones de mero hecho, recurriendo, para ello, a una especie de analogía legalmente impuesta (operación que podría calificarse como de ficción jurídica, por la inexistencia de supuestos semejantes identificados, entre los que se aprecie identidad de razón).

5. Las uniones de hecho en la jurisprudencia del TC

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre diversos aspectos relacionados con las uniones de hecho y crear doctrina respecto del alcance jurídico de las mismas. Lo ha hecho especialmente a través de sentencias y autos dictados en recursos de amparo promovidos por miembros de di-

(22) No cabe extenderla, por ejemplo, a la extinción, ya que en la mera relación de hecho no hay negocio jurídico alguno que extinguir.

chas uniones y en cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos órganos judiciales. El criterio inicial del TC fue claro en el sentido de no equiparar las uniones de hecho a las matrimoniales en los ámbitos en que el Derecho positivo no lo había hecho (23). Considera el TC que el derecho a la igualdad que protege el artículo 14 CE no obliga al legislador a equiparar los vínculos matrimoniales a las uniones de hecho; tampoco la actuación equiparatoria del legislador en otros supuestos prejuzga ni obliga a tratamientos igualitarios en los legalmente no previstos (24).

Una de las cuestiones más controvertidas en la jurisprudencia del TC ha sido si el principio de igualdad y no discriminación obliga a equiparar al conviviente, del miembro de la unión de hecho fallecido, con el cónyuge viudo, a efectos de reconocer el derecho a la pensión de viudedad. Tras algunas sentencias relativas a la pensión de viudedad prevista en la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981 (25), el TC, en su auto 156/1987, de 11 de febrero, sienta la siguiente doctrina: a) el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, por lo que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, puede deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida (26); b) la

(23) El ATC 671/1985, de 9 de octubre, proclama que el tratamiento que realiza el artículo 58 LAU (1964) con relación a los llamados a ejercitar el derecho de subrogación (que se reconoce al cónyuge, entre otros, y no al conviviente de mero hecho, sin ningún otro vínculo de parentesco, lo que supone, obviamente, un trato distinto) no afecta al derecho a la igualdad a que se refiere el artículo 14 CE. Reconoce al legislador un marco libre de actuación para restringir, ampliar e incluso suprimir el derecho a la subrogación, sin que ello afecte, en principio, al derecho a la igualdad y a la no discriminación que protege el artículo 14 CE.

(24) El TC se refiere al derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento, que es el caso controvertido. Considera que esta subrogación de carácter legal y restrictiva que establecía el artículo 58 LAU (1964) ha de interpretarse y aplicarse en sus propios términos. Añade que la determinación de las normas aplicables y la subsunción a las mismas del supuesto de hecho planteado, en cuanto implica un juicio de legalidad, escapa a las facultades revisoras del TC, que ha de limitarse a considerar si ha existido vulneración constitucional; es decir, si el juicio de legalidad se ha producido con vulneración de lo dispuesto en el artículo 14 CE. El TC inadmite el recurso de amparo que pretende equiparar la unión de hecho al vínculo matrimonial, a efectos de ejercitar el derecho de subrogación que establece el artículo 58 LAU (1964) para la persona unida por vínculo matrimonial con el arrendatario fallecido.

(25) Y a su relación con la ordinaria del artículo 160 LGSS (1974) (supuestos distintos vs ampliación del hecho causante de la prestación por parte de aquella disposición); v. SSTC 177/1985, de 18 de diciembre, y 27/1986, de 19 de febrero; cuestión en la que, más adelante, volverán a incidir las SSTC 29/1992, de 9 de marzo, y 39/1998, de 17 de febrero, y en la que no nos vamos a extender.

(26) En el caso controvertido, respecto a las pensiones de viudedad. Añade el TC que así lo confirma el propio contenido de los convenios internacionales que garantizan pensiones de Seguridad Social exclusivamente a las "viudas" a cargo del cónyuge. A partir de esta regulación internacional, concluye que la normativa española sobre las pensiones de viudedad no transgrede el artículo 14 CE. Por cercanía temporal, podemos citar la STJCE 1986/2, de 17 de abril, que establece que, al utilizar la palabra "cónyuge", el artículo 10 del Reglamento 1968/1612/CE, de 15 de octubre, sobre libre circulación de los trabajadores en la Comunidad (DOL 19 octu-

libertad de opción entre el estado civil de casado y el de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad (27); y c) aun admitiendo la subsunción de la "libertad negativa" al matrimonio en el artículo 16.1 CE (que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto), a efectos de su amparo constitucional, el contenido del derecho a no contraer matrimonio no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo del fallecimiento de una de las partes integrantes de las uniones de hecho (28).

El ATC 1021/1988, de 26 de septiembre, mantiene el criterio de que el principio de igualdad en la ley que establece el artículo 14 CE permite al legislador regular de forma diferente y anudar efectos o consecuencias jurídicas distintas a supuestos que no son iguales (relación matrimonial y convivencia extramatrimonial) (29).

La STC 260/1988, de 22 de diciembre, amplió, mediante una interpretación extensiva del mismo, el supuesto legalmente previsto de pensión de viudedad en el número 2 de la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981, que exige que el fallecimiento del conviviente se haya producido antes de la vigencia de la propia Ley, para tener derecho a la pensión de viudedad (30). El TC interpreta que es la imposibilidad legal de contraer nuevo matrimonio la que constituye la base de la protección dispensada por el legislador a través del número 2 de la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981; y que la lógica de la misma le lleva a establecer una nueva condición de carácter temporal (fecha de fallecimiento anterior a la propia Ley). Con-

bre 1968; se refiere a los que tienen derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro), contempla exclusivamente una relación fundada en el matrimonio; y excluye que dicho precepto pueda interpretarse en el sentido de que la persona que mantenga una relación estable con un trabajador, nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro, deba ser equiparada en determinadas condiciones al "cónyuge".

(27) Uno de los fundamentos del orden público y de la paz social, según el artículo 10.1 CE.

(28) Considera el TC que la inconsistencia de la alegación de vulneración de libertad religiosa es lo suficientemente patente como para considerar la demanda incurso en una causa de inadmisibilidad del artículo 50.2.b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del TC (BOE 5 octubre 1979), por lo que acuerda la inadmisión del recurso de amparo. El ATC 788/1987, de 24 de junio, resuelve una cuestión idéntica a la resuelta en el ATC 156/1987 y en base a los mismos fundamentos.

(29) La desigualdad o discriminación que se alegaba era la exigencia, por el artículo 13.4 Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección al desempleo (BOE 4 agosto 1984, ya derogada por la LGSS 1994), de una relación matrimonial (también incluía a familiares, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, pero no al conviviente *more uxorio*) para otorgar el subsidio por cargas o responsabilidades familiares.

(30) En el caso enjuiciado, el fallecimiento del conviviente de hecho se produjo después de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, mientras se tramitaba el procedimiento de divorcio, iniciado poco después de entrar en vigor dicha Ley.

sidera el TC que la finalidad de la norma resulta desvirtuada si el condicionamiento temporal se interpreta separadamente del requisito de la imposibilidad legal de contraer matrimonio y en sus términos literales, pues la transformación de la unión de hecho en vínculo matrimonial requiere unos trámites procedimentales que se prolongan en el tiempo (en el que subsiste la imposibilidad legal de contraer matrimonio). Para el TC, como la nueva *causa petendi* se introduce en razón de la imposibilidad de convertir en matrimonio la unión extramatrimonial, la existencia de tal imposibilidad ha de apreciarse no sólo en los supuestos en que el fallecimiento se produce con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1981, sino también en los casos en que, vigente ésta y habiéndose manifestado la intención de contraer matrimonio y adoptado las medidas conducentes a la obtención del divorcio, éste (por el curso temporal de los trámites judiciales) no ha podido lograrse sino algún tiempo después de haber fallecido el causante. Concluye el TC que la interpretación literal del requisito temporal, referente al fallecimiento del causante, del número 2 de la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981, es injustificadamente discriminatoria (contraria a la finalidad perseguida por el legislador a través del precepto, carente de sentido y de fundamento racional), contraria al artículo 14 CE. Más adelante, la STC 29/1992, manteniendo el mismo criterio que la STC 260/1988, precisa que el carácter extraordinario de la pensión de viudedad prevista en la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981 indica la voluntad legal explícita de poner remedio a situaciones pasadas, pero no de extenderse, con voluntad de continuidad, a situaciones presentes y futuras (31). La STC 39/1998 matiza también la doctrina de la STC 260/1988 y establece que no puede extenderse a los supuestos en que ni los trámites de divorcio se iniciaron de forma inmediata a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, ni se acreditó una imposibilidad física o material de contraer matrimonio en el período de tiempo en que se dilata el inicio de los trámites de divorcio (32).

(31) De acuerdo con este criterio, desestima la demanda de amparo en base a que los trámites judiciales del divorcio no se iniciaron inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 (aunque esta Ley no fija un plazo para regularizar la situación), ni se alega imposibilidad física o material que justifique la demora.

(32) En el caso controvertido, el causante había fallecido después de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 y la demanda de divorcio se había presentado seis años después de entrar en vigor esta Ley. En la demanda de amparo se alega que dicha Ley no exige un plazo para el inicio de los trámites de divorcio (que, en su caso, se debió a la necesidad de sentirse preparados para asumir el vínculo matrimonial; llevaban conviviendo desde 1949, es decir, más de treinta años) y que, en otros casos, se concedió la pensión habiendo fallecido el causante después de entrar en vigor la Ley 30/1981, aunque antes de finalizados los trámites del procedimiento de divorcio (STC 260/1988). El TC considera que la decisión de entender o no aplicable al supuesto la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981 es una cuestión de estricta legalidad

La STC 45/1989, de 20 de febrero, aborda el tratamiento legal de la unidad familiar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). Señala que en la relación de los cónyuges entre sí y con los hijos menores existen, por mandato legal, unos rasgos peculiares que no se dan en otras estructuras de convivencia y, en cuanto comportan rentas comunes y comunicación de renta entre los distintos integrantes de la unidad familiar (33), pueden ser legítimamente tomados en cuenta por el legislador al configurar el IRPF. Estas relaciones, que se dan entre los cónyuges y sus hijos menores, no se dan entre los integrantes de otras unidades de convivencia. Considera el TC que la extensión analógica a éstas de las normas previstas para aquéllas no es ni técnica, ni jurídica, ni lógicamente posible, por la dificultad fáctica de probar tanto las uniones como las separaciones de hecho o la resultante de la necesidad de incluir unidades convivenciales sin comunicación sexual o no basadas en la relación familiar, sobre todo teniendo en cuenta la imposibilidad que se deriva del artículo 18 CE para llevar a cabo indagaciones que afectan directamente al ámbito de la intimidad.

La STC 184/1990, de 15 de noviembre, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 160 LGSS (1974) y el número 2 de la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981, y el debate sobre la constitucionalidad o no de la exigencia legal de vínculo matrimonial para causar pensión, en los siguientes términos:

- a) El libre desarrollo de la personalidad que proclama el artículo 10.1 CE no resulta impedido ni coartado porque la ley no le reconozca una pensión de viudedad al supérstite de una unión de hecho. Este precepto constitucional, por sí solo y aisladamente considerado, no puede servir de fundamento del derecho a percibir pensión de viudedad en favor de uno de los que convivían extramatrimonialmente cuando el otro fallece (34).

que sólo corresponde resolver al órgano judicial. Añade que si el recurrente estimaba que la decisión de no aplicarla resultaba contradictoria con otras decisiones judiciales, así debió haber planteado en el recurso para unificación de doctrina, dando oportunidad al TS de pronunciarse sobre ello. El TC mantiene su doctrina de la STC 260/1988, que no la considera extensible al caso.

(33) La administración, por los padres, de los bienes de los hijos (art. 164 CC) y la posibilidad de destinar sus rentas al levantamiento de las cargas familiares, sin estar obligados a la rendición de cuentas (art. 165 CC), permite entender que se produce, por esta vía, una transferencia de capacidad tributaria entre padres e hijos. Otro tanto sucede en la relación entre cónyuges.

(34) Afirma la STC 184/1990 que el libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a sopor-tar sanciones legales de cualquier índole.

- b) Sin necesidad de interrogarse acerca de si la protección social, económica y jurídica de la familia a que se refiere el artículo 39 CE podría alcanzar, en principio, tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio, es claro que dicho precepto no establece ni postula, por sí solo, una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello, no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 CE aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre que, con ello, no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir *more uxorio* (35).
- c) En la CE, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes (36). El matrimonio es una institución garantizada por la CE, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1 CE) cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional. Nada de ello ocurre con la unión de hecho o *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis*, en la mujer y el marido, una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre el matrimonio y la unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia. La CE no reconoce un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14 CE, sea acreedora al mismo tratamiento que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1 CE, contraigan matrimonio y for-

(35) Añade, no obstante, que este razonamiento no conduce a afirmar que toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la CE garantiza en su artículo 14. Esta declaración general, alejada de la *ratio decidendi*, será retomada posteriormente para justificar un cambio de criterio jurisprudencial.

(36) Criterio mantenido en posteriores sentencias (v. SSTC 29, 31, 35 y 38/1991, de 14 de febrero; 77/1991, de 11 de abril; 29/1992; 66/1994, de 28 de febrero; 180/2001, de 17 de septiembre; entre otras).

malicen así la relación que, en cuanto institución social, la CE garantiza.

- d) De acuerdo con la doctrina expuesta, concluye el TC que la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho, sin que nada les impida contraer matrimonio, no es arbitraria o carente de fundamento. Además, razones de certidumbre y seguridad jurídica (la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados conste formalmente al Estado lo es), y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanen, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho en una pensión como la de viudedad, que ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario. No obstante lo anterior, el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y, en uso del mismo, podría extender a las uniones de hecho, en los supuestos y con los requisitos que establezca, los beneficios de la pensión de viudedad (37). Ahora bien, la exigencia del vínculo matrimonial para tener derecho a la misma no es discriminatoria desde la perspectiva del artículo 14 CE, pues no está privada de justificación objetiva y razonable (38).

La STC 222/1992 declara la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 58.1 LAU (1964) en el sentido de que no equipara, al cónyuge, al conviviente de hecho, en el derecho a subrogarse en la posición del arrendatario al fallecimiento de éste. La argumentación del TC parte de que la CE no ha identificado la familia, a la que manda proteger (art. 39 CE), con la que tiene su origen en el matrimonio. La garantía constitucional del matrimonio entraña, además de su existencia necesaria en el ordenamiento, la justificación de la existencia de su específico régimen civil (con-

(37) Que es lo que ha hecho en virtud de la Ley 40/2007, a la que antes nos hemos referido.

(38) Señala el TC que la conclusión alcanzada no se altera por el hecho de que, en otros supuestos muy distintos al de la pensión de viudedad (a los que ya nos hemos referido antes y más adelante también lo haremos), el legislador haya equiparado al cónyuge (*rectius*, relación conyugal) la “análoga relación de afectividad” (cita el art. 101 CC). Los preceptos que recogen tales supuestos persiguen fines y protegen valores e intereses distintos y son indicativos de que las relaciones permanentes de afectividad, análogas a la matrimonial, comienzan a ser atendidas en determinados y peculiares casos y dotadas de ciertos efectos por el ordenamiento jurídico.

junto de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas que nacen a raíz de haber contraído matrimonio); pero cuestión distinta es si el matrimonio puede constituirse en supuesto de hecho de otras normas jurídicas que, en sectores distintos del ordenamiento, atribuyan derechos o situaciones de ventaja, a lo que la CE no da una respuesta unívoca o general, según el TC. Retoma, en este punto, un pronunciamiento (al margen de la *ratio decidendi*) de la STC 184/1990, según la cual, la no equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no conduce a que toda medida que tenga como destinatarios únicos a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que garantiza el artículo 14 CE. Interpreta el artículo 58.1 LAU (1964) en el sentido de que la vida en común a que se refiere (presumible en el matrimonio, necesitado de prueba fuera de él) es una precisa situación fáctica que la norma toma en consideración para hacer posible, mediante la subrogación, una continuidad en la vivienda ocupada en la que se ha desarrollado la convivencia; considera que ésta es la situación protegida por el precepto de referencia mediante la subrogación (que aparece al servicio de la posible permanencia en la vivienda que fue común). Sentada esta premisa hermenéutica, el siguiente paso es determinar si la diferenciación que el artículo 58.1 LAU (1964) establece entre la convivencia matrimonial y extra-matrimonial se atempera al principio de igualdad del artículo 14 CE. En este sentido, la STC 222/1992 reitera la doctrina del Alto Tribunal de que los condicionamientos y límites que, en virtud de dicho principio, pesan sobre el legislador se cifran en la exigencia de que las diferenciaciones normativas habrán de mostrar: a) un fin discernible y legítimo; b) tendrán que articularse en términos consistentes con tal finalidad; y c) no deberán incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas. Al hacer el contraste con esta triple exigencia, señala el TC que el artículo 58.1 LAU (1964) tiene una finalidad protectora de la familia, pero la diferenciación que introduce entre el miembro supérstite de la pareja matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho carece de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional (39); es más, considera que entra en contradicción con fines y mandatos constitucionales (40). Añade que la familia es, para la CE, obje-

(39) Para el TC esto no requiere de mayor argumentación, pues la exclusión tácita del miembro supérstite de la pareja de hecho no puede decirse orientada a configurar un específico régimen jurídico-matrimonial, en cuya órbita la norma no se inscribe.

(40) Estima que no podría justificarse la exclusión del conviviente no casado por la finalidad de estimular o propiciar el matrimonio de las uniones estables, pues la radicalidad de la

to de protección en sí misma y que la norma que así lo quiere (art. 39.1 CE) no puede ser reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio (41). Como argumento adicional, considera que la subrogación arrendaticia del artículo 58.1 LAU (1964) es una de las posibles modalidades de realización del principio rector del artículo 47 CE, según el cual "todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada", que exige al legislador una atención específica a los imperativos que sobre él proyecta el artículo 14 CE. Concluye que la subrogación es disponible para el legislador, pero, una vez instituida, no puede ser conferida con daño a la igualdad sin menoscabar, al propio tiempo, lo que prescribe el artículo 47 CE (42).

La STC 47/1993, de 8 de febrero, mantiene el mismo criterio que la STC 222/1992; pero, en este caso, se presenta una circunstancia añadida: de la confesión judicial practicada constaba que el demandante de amparo y su compañera fallecida no contrajeron matrimonio con el fin de liberar a los hijos de ésta del cumplimiento del servicio militar (del que no

medida supondría coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir *more uxorio* (límite trazado por la STC 184/1990 para las medidas públicas de favorecimiento de la vida matrimonial). Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO, en su voto particular a la STC 222/1992, considera que el tratamiento desigual que deriva del artículo 58.1 LAU (1964) ni coarta ni dificulta irrazonablemente la libertad del hombre o mujer que deciden convivir *more uxorio* (íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE). El libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado si los poderes públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales. No entiende cómo la no extensión de la pensión de viudedad a las uniones de hecho (art. 160 LGSS-1974 y STC 184/1990) no es discriminatoria y, en cambio, sí lo sea no extender el derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento (para él derechos análogos desde la perspectiva constitucional de su fundamento y finalidad). Considera que la STC 222/1992 choca frontalmente con la doctrina mantenida por el TC hasta la misma, con los riesgos que ello entraña para la seguridad jurídica. La STC 222/1992 reconoce que la unión matrimonial proporciona a terceros una certeza jurídica, que es mucho más débil en el caso de la unión *more uxorio* (carente, por definición, de toda formalidad jurídica), pero considera que esto no es suficiente para justificar la diferenciación del artículo 58.1 LAU (1964), pues procurar una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de igualdad cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata.

(41) RODRÍGUEZ BEREJO y José GABALDÓN LÓPEZ destacan, en sus votos particulares, la relevancia del reconocimiento y garantía constitucional del matrimonio como institución jurídica y que del artículo 39.1 CE no puede deducirse la necesidad de paridad de trato con las uniones de hecho.

(42) La STC 6/1993, de 18 de enero, mantiene la doctrina contenida en la STC 222/1992, pero no accede a la petición de reconocimiento del derecho a subrogarse como inquilino en el uso de la vivienda litigiosa, pues considera que para acogerse a la subrogación *mortis causa* que regula el artículo 58.1 LAU (1964) es necesario haber convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido; convivencia que, si bien es presumible en el matrimonio (arts. 69 y 102.1 CC), necesita de prueba al margen de él. Y en el caso controvertido faltaba la acreditación de la convivencia *more uxorio* del recurrente con la arrendataria fallecida.

estarían exentos de haber contraído matrimonio). Por ello, la sentencia de instancia había apreciado conducta contraria al principio de buena fe al pretender valerse de la equiparación a la unión matrimonial (y de la protección a la familia) a los solos efectos de la subrogación arrendaticia, pero sin sufrir los inconvenientes. El TC argumenta, para otorgar el amparo, que la supuesta vulneración de la buena fe en el ejercicio de los derechos no sería imputable sólo al recurrente en amparo y que “tampoco está justificado reprochar a un miembro de una unión matrimonial (43) que no haya contraído matrimonio, cualquiera que sea la causa de tal decisión, ya que contraerlo o no contraerlo pertenece al ámbito de la libertad de la persona y... esa decisión se vincula a sus convicciones y creencias más íntimas”. Añade que “la protección constitucional de la familia se consagra en el artículo 39.1 CE y de la que deriva la extensión del derecho a la prórroga *mortis causa* del arrendamiento por imperativo del artículo 14 CE... a las uniones no matrimoniales...”; y que “a los fines de la protección constitucional de quienes conviven *more uxorio* es suficiente la existencia de una unión estable; pues al ser el elemento esencial la libre voluntad de sus componentes, ello hace que sean irrelevantes las circunstancias o motivaciones que han podido determinar tanto la constitución como el mantenimiento de esa unión no matrimonial” (44).

La STC 66/1994 establece que la doctrina que declara la constitucionalidad del artículo 160 LGSS (1974) (45) no debe entenderse alterada por la doctrina de la STC 222/1992, puesto que ésta se refiere a cuestiones distintas del derecho a una pensión de la Seguridad Social. En esta sentencia, el TC sienta la doctrina de que, aun admitiendo la subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio (art. 32.1 CE) en el artículo 16.1 CE, el derecho a no contraer matrimonio, como un eventual ejercicio de la libertad ideológica (46), no incluye el derecho a un sistema es-

(43) Parece evidente que se trata de un error y quiere decir extramatrimonial.

(44) RODRÍGUEZ BEREJO, en su voto particular, plantea si es legítimamente posible, invocando el derecho constitucional a la igualdad y el principio constitucional de protección a la familia, exigir la equiparación de las uniones de hecho con las matrimoniales cuando manifiestamente se pretende tal equiparación sólo en lo que toca a las ventajas o beneficios que se derivan de su régimen jurídico, pero no en los inconvenientes (cargas y deberes). Y ello cuando quien, pudiendo y libremente permanece unido a otra persona, no quiso tal equiparación precisamente para quedar excluido de la disciplina matrimonial (derechos y deberes legales) y más concretamente de determinadas consecuencias jurídicas que habrían de conllevar efectos indeseados. También GABALDÓN LÓPEZ, en su voto particular, señala que el uso en beneficio personal de la institución, excluyendo sus cargas, de extenderse, llevaría a consecuencias imprevisibles y totalmente ajenas a la consideración de igualdad que motiva el fallo.

(45) Véase STC 184/1990, a la que ya nos hemos referido extensamente.

(46) En el caso controvertido, la demandante de amparo alegaba que quien convivía con ella maritalmente profesaba una ideología anarquista, contraria a formalizar una relación afectiva y estable, por su convicción profunda, insuperable, obstativa al matrimonio; y que, por ello,

tatal de previsión social que cubra el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho. El libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado porque la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de viudedad. Aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ellas y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio, ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica, ni a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos. Reitera la constitucionalidad de las medidas que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que en otras unidades convivenciales y de las que favorecen o facilitan el derecho constitucional a contraer matrimonio (siempre que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y mujer que deseen convivir *more uxorio*); señala que no cabe admitir que vulnere la CE el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer vínculo matrimonial. Aunque esta objeción deba ser respetada, no suple el incumplimiento objetivo de un requisito legítimamente impuesto por el legislador.

La STC 155/1998, de 13 de julio, parte de que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial son realidades jurídicas distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado no es contrario al artículo 14 CE. Ahora bien, en el amplio margen de libertad de configuración de relaciones, el legislador, en la regulación desigual de lo diferente, deberá tener en cuenta que las diferenciaciones normativas habrán de mostrar un fin discernible y legítimo, articularse en términos consistentes con tal finalidad y no incurrir en desproporciones manifiestas (47). Respecto a los órganos judiciales, el artículo 14 CE exige que al seleccionar, interpretar y aplicar la normativa vigente no se introduzcan distinciones basadas en condiciones o circunstancias personales proscritas por este precepto constitucional (48). El TC mantiene el criterio de que el fundamento consti-

la exigencia, en su situación, del vínculo matrimonial, como requisito para acceder a la pensión de viudedad, supone atentar a su libertad ideológica y, con ello, al artículo 16.1 CE. El TC opone el mismo razonamiento que en su ATC 156/1987.

(47) Sigue, en este sentido, el criterio de otras sentencias anteriores, como la STC 222/1992.

(48) El supuesto de hecho era el de un arrendamiento de vivienda en el que el arrendatario convivió *more uxorio* con una señora casada, entre 1973 y 1979, fecha en la que aquél abandona el domicilio, quedándose ésta (la ruptura de la convivencia de hecho derivaba de la libre decisión de, al menos, uno de los convivientes). La LAU (1964), vigente en esas fechas, no contemplaba el supuesto de abandono de vivienda por el arrendatario, ni preveía nada en cuanto a la resolución o continuación del contrato en la persona del cónyuge del arrendatario

tucional de la subrogación arrendaticia es la “protección de la familia entendida en sentido amplio y esta condición debe predicarse tanto de la unión matrimonial como de la *more uxorio*”. Establece una consideración previa al examen de la legitimidad constitucional, ex artículo 14 CE, del trato diferenciado entre las uniones matrimoniales y las no matrimoniales: la existencia o no de libertad para escoger entre una u otra relación (desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, debe presumirse que quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente y esa libertad de decisión es la que legitima el tratamiento diferenciado). Pero esto no significa que deban reconocerse, de forma generalizada, los mismos derechos y obligaciones a quienes conviven unidos por vínculo matrimonial y a los que lo hacen extramatrimonialmente y no pueden contraer matrimonio porque no reúnen los requisitos legalmente exigidos. Según el TC, habrá que analizar si las causas que impiden o impedían resultan constitucionalmente admisibles, “ya que de no ser así deberá concluirse que esa ausencia de libertad conlleva ex artículo 14 CE una obligada igualdad de trato”. En el caso enjuiciado, los convivientes *more uxorio* no pudieron contraer matrimonio, mientras duró su relación, porque no existía, en nuestro ordenamiento, posibilidad de que el conviviente arrendatario obtuviese el divorcio, lo cual es, para el TC, una causa limitativa de la libertad de casarse que pugna con los principios y reglas constitucionales, ya que el artículo 32.2 CE establece un mandato explícito, al legislador, para que regule las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos (49). Concluye el TC que “al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio y no hacerlo (*sic*) debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron *more uxorio* lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, deben reconocérse-

(tampoco, obviamente, en la del conviviente *more uxorio*). La sentencia de instancia consideró que, en estos casos, según reiterada jurisprudencia, el cónyuge que queda en la vivienda goza de una situación jurídica de coarrendatario, concluía que esta situación debía reconocerse también al conviviente *more uxorio* que no hubiera podido contraer matrimonio, por exigencia del artículo 14 CE. Por el contrario, la Audiencia había estimado que al carecer la unión de mero hecho de los derechos que conforman el régimen matrimonial, la conviviente era una persona ajena al contrato de arrendamiento, por lo que éste debía considerarse extinguido (la LAU, 1994, reguló posteriormente el supuesto, reconociendo la posibilidad de que el arrendamiento continuara en beneficio del cónyuge y también de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario, de forma permanente, en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, incluso con independencia de su orientación sexual –art. 12.4–; pero no era éste el derecho aplicable al caso controvertido al que nos referimos). El recurso de amparo se basaba en que el órgano judicial había seleccionado, interpretado y aplicado la legislación vigente a partir de una distinción previa, entre las uniones matrimoniales y las de hecho, contraria al artículo 14 CE.

(49) Mandato al que se dio cumplimiento mediante la Ley 30/1981.

les los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial” (50).

La STC 180/2001, de 17 de septiembre, resuelve un recurso de amparo contra la denegación (en vía administrativa y contencioso-administrativa) de una solicitud de indemnización por prisión sufrida por su conviviente fallecido, durante la posguerra (51). La convivencia *more uxorio* había durado entre 1931 y 1971 (año del fallecimiento). La demandante de amparo alega discriminación por razón de estado civil y la ideología, que, a su entender, vulnera el artículo 14, en relación con el 16, ambos de la CE (afirma que al conviviente fallecido, militante comunista, motivos ideológicos le impedían contraer matrimonio canónico). El Alto Tribunal recoge la doctrina de sus SSTC 155/1998 y 222/1992 (52) y, en aplicación de la misma, examina si existió la posibilidad efectiva de que los convivientes *more uxorio* contrajesen el matrimonio que constituye el presupuesto de aplicación de la norma más beneficiosa o si, por el contrario, se vieron impedidos para ello por una causa constitucionalmente inadmisibles. A tal efecto, examina la legislación reguladora del matrimonio durante el período de convivencia, según la cual, a partir de 1938, la posibilidad de contraer matrimonio entre la demandante y su conviviente estaba condicionada a la declaración expresa de no profesar la religión católica; lo cual, según el TC, pugna frontalmente con la libertad religiosa y, en

(50) Añade la siguiente consideración: así como el TC ha venido presuponiendo que, salvo prueba en contrario, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, quienes no contraen matrimonio es porque libremente no quieren hacerlo, antes de esa fecha debe presumirse que, salvo prueba en contrario, los convivientes *more uxorio* se vieron impedidos de formalizar ese vínculo matrimonial, por lo que merecen igual trato que los que mantuvieron este tipo de convivencia. GABALDÓN LÓPEZ, en su voto particular, discrepa con la sentencia, en base a que la situación de convivencia no existía ni cuando el propietario-arrendador instó la resolución del arrendamiento ni cuando se dictó la sentencia de instancia (diciembre 1992). Considera que la aplicación del principio de igualdad exige identidad de circunstancias, lo que, a su juicio, no cabe en el caso controvertido, pues en el momento de plantearse la cuestión judicial no persiste la convivencia ni la imposibilidad de contraer matrimonio anterior a la Ley 30/1981 (la conclusión voluntaria de la convivencia habría de producir el cese de los efectos de esta imposibilidad).

(51) Solicitud realizada al amparo de la disposición adicional decimoctava de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (BOE 30 junio 1990), que reconocía el derecho a la prestación indemnizatoria a quien, cumpliendo unas condiciones que no vienen al caso, sufrió la prisión durante la posguerra y, en caso de que éste ya hubiera fallecido, a su cónyuge supérstite pensionista de viudedad por tal causa.

(52) Así, considera que “la regulación desigual de lo diferente sólo es constitucionalmente lícita cuando se ajusta a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad”; y recoge la doctrina de las citadas sentencias para la legitimidad constitucional de las diferenciaciones normativas. Toma también, como consideración previa al examen de la legitimidad constitucional, ex artículo 14 CE, del trato diferenciado entre las uniones matrimoniales y las no matrimoniales, la existencia o no de libertad, por parte de quienes desean convivir, para escoger entre mantener una relación extramatrimonial o contraer matrimonio.

concreto, con el derecho derivado de ella a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias, que proclama el artículo 16 CE. Concluye el TC que tal falta de libertad efectiva para contraer matrimonio civil determina, conforme a su propia doctrina, la atribución al demandante de los mismos beneficios que si hubiera contraído matrimonio con su conviviente (53). Todo ello conduce al TC a otorgar el amparo solicitado, pues tanto la Administración como el órgano judicial orillaron que la consideración constitucional de la libertad religiosa imponía que la interpretación de la norma aplicada, al supuesto concreto de la demandante, no produjese como consecuencia un trato adverso basado en la inexistencia de un vínculo matrimonial que no pudo contraerse sin vulnerar el derecho a la libertad religiosa, hoy reconocido en el artículo 16 CE, de suerte que se consumó una discriminación por motivos religiosos, contraria al artículo 14 CE, al proyectar al momento actual los efectos de una situación legal claramente contraria a la CE, dándole, así, injustificadamente, ultraactividad a dicha situación (54).

La doctrina del TC parece consolidada en los términos expuestos, ya que la mantiene esencialmente en posteriores resoluciones. Las más abundantes se han producido en materia de pensión de viudedad del sistema de la Seguridad Social (55). En síntesis, considera el TC que la exigencia

(53) Respecto al período en que pudieron contraer matrimonio civil (1932-1938) sin necesidad de ninguna declaración sobre sus creencias religiosas, el TC considera que tal posibilidad no elimina el hecho de que durante los últimos treinta y tres años de convivencia, la demandante y su compañero no pudieron contraer matrimonio civil sin hacer tal declaración y que lo decisivo que justifica la equiparación de trato se dio, aunque no durante la totalidad del período de convivencia, en el momento del fallecimiento de su compañero y durante los treinta y tres años que precedieron a este hecho. Añade que es el momento del fallecimiento del causante de la indemnización por la privación de libertad el que el legislador toma en cuenta para designar al beneficiario, exigiendo que sea cónyuge del causante y, por ello, es la situación concreta existente a la sazón la que hay que tomar en cuenta para determinar si las parejas matrimoniales y las no matrimoniales han de equipararse, por no haber podido, las últimas, contraer matrimonio en virtud de una causa no admisible constitucionalmente, toda vez que dicha situación de falta de libertad no era, en el tiempo a considerar, algo episódico, ocasional o reciente desde el punto de vista normativo. Diferencia, el supuesto que considera, del resuelto en la STC 66/1994 en que, en éste, la razón de no contraer matrimonio, por la demandante de amparo, radicaba en la oposición a toda forma de matrimonio, civil o religioso, por parte de uno de los convivientes *more uxorio*, durante un dilatado período de tiempo, incluso vigente la CE, lo que no pugnaba con ésta.

(54) Termina señalando que, al no haberse producido un pronunciamiento administrativo o judicial sobre la concurrencia del resto de los requisitos exigidos por la norma aplicable para el reconocimiento del derecho, es preciso que el otorgamiento del amparo pedido conlleve la anulación de los actos administrativos que lesionaron los derechos fundamentales y de la resolución judicial que no reparó en tales vulneraciones, con retroacción de las actuaciones a la vía administrativa, para que la Administración resuelva con pleno respeto a los derechos fundamentales.

(55) Véase, entre otros, los autos del TC 188/2003, de 3 de junio; 47/2004, de 10 de febrero; 77/2004, de 9 de marzo; 174/2004, de 31 de mayo; 393/2004, de 19 de octubre; 457/2004, de 16

de vínculo matrimonial, en la regulación de la misma, no pugna con los artículos 14, 39.1 y 41 CE, ya que el matrimonio y la convivencia extra-matrimonial no son situaciones equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la propia CE, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional; por el contrario, la unión de hecho no es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional a establecerlo. El legislador tiene un amplio margen de disponibilidad para deducir consecuencias de esta diferente situación de partida.

Para cerrar este apartado, una breve referencia al interesante ATC 187/2006, de 6 de junio, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (56), que dispensa de la obligación de declarar a los parientes del procesado en línea directa, ascendente y descendente, su cónyuge y hermanos consaguíneos, entre otros. La cuestión plantea que el precepto es contrario al artículo 14 CE, al no incluir entre los dispensados a los “convivientes de hecho por análoga relación a la matrimonial”. El TC considera que la duda de inconstitucionalidad es manifiestamente infundada, pues no puede aceptarse que la convivencia se erija en *ratio* de la dispensa de la obligación de declarar (los sujetos eximidos de dicha declaración pueden acogerse a la dispensa con independencia de que exista o no una convivencia real con el procesado).

6. Algunas reflexiones en torno a la jurisprudencia del TC

El criterio inicial del TC fue el de no equiparar las uniones de hecho a las matrimoniales en los ámbitos en que el Derecho positivo no lo había hecho; criterio que lo ha mantenido en relación con el derecho a causar la pensión de viudedad prevista en la legislación general de la Seguridad Social (57). Sin embargo, amplió el supuesto legal previsto para causar pensión en la norma 2.^a de la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981,

de noviembre; más recientemente, la STC 69/2007, de 16 de abril (presenta la particularidad de que la pareja estaba casada por el rito gitano). También se han ido produciendo algunas sentencias respecto de la aplicación del número 2 de la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981; así, la STC 140/2005, de 6 de junio, deniega el amparo a una viuda que, habiendo convivido de hecho desde antes de la entrada en vigor de dicho precepto, su pareja (que estaba casada) no inició los trámites de divorcio hasta 1984.

(56) Aprobado por RD de 14 de septiembre de 1882, aunque objeto de diversas modificaciones.

(57) Obviamente, las coordenadas del debate relativo a esta cuestión cambian con la reciente entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, a la que ya nos hemos referido anteriormente.

por la vía de relajar la exigencia de uno de los requisitos (fallecimiento de uno de los convivientes antes de la entrada en vigor de esta Ley) y dar prevalencia al otro (imposibilidad legal, por vínculo conyugal preexistente, de contraer matrimonio de quienes convivieron maritalmente). El TC sustituye aquel requisito por el de inicio de los trámites de divorcio de forma inmediata a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, y remite a los órganos de la jurisdicción ordinaria la decisión de aplicar o no, al supuesto concreto, la norma 2.^a de su disposición adicional 10 (que tendrán que decidir con unos criterios poco seguros acerca del plazo en que debieron iniciarse dichos trámites).

La STC 222/1992 es la que produce un vuelco en la doctrina del TC, declarando, en contra de todas sus resoluciones anteriores, la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 58.1 LAU (1964), por incluir, entre otros, al cónyuge y no hacerlo al conviviente de hecho, entre los llamados a ejercitar el derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento, al fallecimiento del arrendatario. Razona el TC que el artículo 58.1 LAU (1964) tiene una finalidad protectora de la familia (58) y que la CE no ha identificado a ésta con la que tiene su origen en el matrimonio. Añade que no podría justificarse la diferencia de trato por la finalidad de estimular o propiciar el matrimonio, por considerarla de tal radicalidad que coarta irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir *more uxorio*. Es difícil rebatir, con criterios objetivos, un juicio de valor sobre la razonabilidad de una diferencia de trato, pero conviene tener presente lo siguiente:

(58) El artículo 58.1 LAU (1964) reconocía el derecho a la subrogación, no sólo al conyuge, sino también a otros convivientes unidos por un vínculo cercano de parentesco, que precisa detalladamente, al arrendatario fallecido, en la vivienda alquilada por éste. El fundamento de la protección parece estar, más que en la familia, en la convivencia unida al matrimonio o vínculo cercano de parentesco con el arrendatario fallecido, sin que ello exija la pertenencia a la familia de éste. Ni la CE ni el CC delimitan el concepto de familia, aunque sí lo mencionan. Así, el artículo 39 CE, al referirse a la protección de la familia, cita sólo a los padres y a los hijos; el deber de actuar en interés de la familia se impone, en el artículo 67 CC, a los cónyuges; del mismo modo, el artículo 1319 CC se refiere sólo a los cónyuges en relación con la atención de las necesidades ordinarias de la familia. En el mismo sentido, el artículo 16.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948 ("El hombre y la mujer... tienen derecho de casarse y de fundar una familia"), y el artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 13 de abril de 1977); ambos instrumentos interpretativos de primer nivel ex artículo 10.2 CE ("el derecho", en singular, "de casarse y de fundar una familia" es evidente que vincula la fundación de la familia con el matrimonio); en nuestra jurisprudencia, la STS de 18 de mayo de 1992 (RJ 4907/1992) señala que la protección constitucional de la familia se proyecta al núcleo creado por el matrimonio o la unión de hecho. Sin pretender dejar sentado el concepto jurídico de familia, es evidente que el derecho a la subrogación del artículo 58.1 LAU (1964) no sólo protege a la familia del arrendatario fallecido.

- a) El artículo 32.1 CE reconoce expresamente el derecho, del hombre y de la mujer, a contraer matrimonio, lo que no sólo conlleva la necesaria existencia del matrimonio con su específico régimen civil (exigencia del art. 32.2 CE). Implica, al menos, que la CE ha considerado su ejercicio más digno de protección que otras situaciones jurídicas no amparadas por la misma garantía constitucional (art. 53.1 en relación con el 32.1, ambos de la CE). Éste es el primer fundamento (discernible y constitucionalmente legítimo) que justifica que la legislación ordinaria otorgue al matrimonio una mayor protección que a la convivencia extramatrimonial.
- b) El texto del artículo 58.1 LAU (1964) dejaba al conviviente extramatrimonial del arrendatario fallecido sometido al régimen de arrendamientos urbanos legalmente previsto para la generalidad de ciudadanos. No hay una exigencia constitucional de mayor protección para el conviviente, por lo que es evidente que el legislador no restringe la autonomía para convivir *more uxorio*, ni el principio general de libertad, ni el derecho al libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 10.1 CE) para los que deseen convivir de ese modo (lo que ni se prohíbe ni se dificulta con trabas difícilmente superables).
- c) La mayor protección que el artículo 58.1 LAU (1964) otorgaba al cónyuge (al igual que a otros parientes muy cercanos) consistía en el susodicho derecho a la subrogación, que se ejerce frente al arrendador, protegido también con los principios constitucionales, como el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). La exigencia de que la convivencia marital conste formalmente, por la existencia de vínculo matrimonial, da una mayor certeza a las relaciones (en este caso, singularmente con el arrendador) y es una medida legislativa acorde con el principio constitucional de seguridad jurídica (59), que queda sensiblemente tocado con la STC 222/1992 (60).

(59) La propia STC 184/1990 apela a razones de certidumbre y seguridad jurídica para justificar, como razonable y objetiva, la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada conste formalmente.

(60) Por la dificultad de probar el tipo de convivencia extramatrimonial (si es marital, por amistad, mera conveniencia, etc.); por la indeterminación de los requisitos que debe reunir la relación con el arrendatario (similares razones justificarían el derecho a la subrogación de un conviviente con el arrendatario fallecido que se crió en su familia desde la primera infancia, pero que no reúna la condición de hijo porque no fue formalmente adoptado; y se podrían seguir poniendo ejemplos, sin demasiada dificultad). Además, ciñéndonos a los fundamentos de la STC 222/1992 (y no a las modificaciones legislativas posteriores), ¿cuál sería la relevancia jurídica de la existencia de vínculo matrimonial vigente del arrendatario fallecido, del conviviente o de ambos con terceras personas?, ¿cuál es el fundamento constitucional para dar mayor protección a la convivencia extramatrimonial de carácter marital que a otros tipos de con-

La STC 155/1998 introduce una aseveración que prácticamente se admite sin debate: en la convivencia extramatrimonial anterior a la Ley 30/1981 (la que introdujo el divorcio) en la que uno de los miembros de la pareja de hecho estaba anteriormente casado (el razonamiento sería igualmente válido para el caso de que los dos lo estuvieran) había una causa limitativa de la voluntad de casarse “constitucionalmente proscrita”, lo que le lleva a proclamar la igualdad de trato con el matrimonio, ex artículo 14 CE; tal causa era, según el TC, la imposibilidad de obtener el divorcio, pues entiende que el artículo 32.2 CE establece un mandato explícito, dirigido al legislador, para que regule las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos. A esta conclusión sólo puede llegarse partiendo del presupuesto de que el artículo 32.2 CE constitucionaliza el divorcio, lo cual no es así. Dicho precepto establece que “la ley regulará... las causas de separación y disolución (del matrimonio) y sus efectos”, pero no prejuzga cuáles deban ser las causas de disolución, ni que una de ellas tenga que ser necesariamente el divorcio (61). Un argumento que avala esta interpretación es que el artículo 32.2 CE no menciona el divorcio, sino que remite al legislador ordinario la determinación de las causas de disolución, por lo que tan constitucional sería incorporar el divorcio a la legislación civil, como causa de disolución del matrimonio, como no hacerlo. Así se deduce también de un elemento interpretativo de primer orden como son los debates parlamentarios (62). Que la imposibilidad de

vivencia?, ¿cuál sería el alcance de la equiparación con el cónyuge?, pues ya se ha utilizado la equiparación jurisprudencial para aprovecharse de las ventajas de la misma y eludir otros deberes constitucionales (v. STC 47/1993). Evidentemente, se trata de cuestiones que debe resolver el legislador mediante una regulación adecuada, que genere seguridad jurídica; es lo que trató de hacer con la Ley 29/1994. En cualquier caso, la STC 222/1992 dejó a los órganos de la jurisdicción civil en una situación complicada hasta la entrada en vigor de la citada Ley 29/1994.

(61) Podría establecer que dichas causas fueran, p. ej., la muerte y la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges.

(62) Reproducimos, como muestra, las intervenciones de tres de los ponentes de la CE en apoyo del voto favorable al precepto al que nos referimos (que tenía distinta numeración en distintos momentos de la tramitación parlamentaria, pero su texto –al que se refieren las intervenciones que se reproducen– era el mismo que el actual art. 32.2 CE en la parte que aquí nos interesa). ROCA JUNYENT (*Diario del Congreso de los Diputados* –DCD–, 23 mayo 1978, p. 2620): “En el Derecho comparado jamás se dirá que en la Constitución que estamos elaborando se haya constitucionalizado el divorcio. Lo que se dirá en el Derecho comparado es que la Constitución española no ha prejuzgado este tema y se ha dejado abierta la puerta para que el legislador ordinario pueda resolver sobre esta cuestión de acuerdo con lo que pueda entenderse como más adecuado a la realidad social a la que pretende dirigirse. Por lo tanto, no es justo hablar del divorcio; no es justo decir que se constitucionaliza el divorcio... Es lo que estamos diciendo aquí: en cuanto a la disolución se estará a lo que diga la ley civil”. SOLÉ TURA (DCD, 11 julio 1978, p. 4085): “... al referirse al resto de derechos y deberes, causas de separación y disolución, lo que se hace es abrir todas las posibilidades sin prejuzgar ninguna”. Y añade: “No las prejuzga, y no entendemos que un voto positivo o negativo a la Constitución sea un voto

obtener el divorcio sea una causa limitativa de la libertad de casarse proscribida por la CE no puede apoyarse en el texto de ésta ni en los Tratados Internacionales ratificados por España (63).

positivo o contrario al divorcio". HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN (DCD, 11 julio 1978, pp. 4086-7): "Lo que aquí hemos votado es un mandato al legislador, mandato que no contiene ningún criterio, sino, simplemente, una enumeración de los temas sobre los cuales deberá el legislador futuro pronunciarse... En cuanto a la tan traída y llevada palabra «disolución», es claro que, como han expuesto los representantes del Partido Socialista y del Grupo Comunista en el Congreso, no prejuzga cuál sea la opción que tome el legislador futuro... porque no creemos que sea un tema que deba abordarse a nivel constitucional y, por tanto, tampoco hoy lo hemos abordado ni nos hemos pronunciado sobre él (...). Por ello hemos dado nuestro voto a un apartado 2 que, abriendo todas las posibilidades, no prejuzga en absoluto cuál haya de ser la solución que dé el legislador y que incluso permite el mantenimiento de una situación actual, tanto en lo que se refiere a la pluralidad de formas... como al reconocimiento de supuestos de disolución que no necesariamente tienen por qué ser el divorcio". Curiosamente, la tesis del único ponente de la CE que defendía que éste constitucionalizaba el divorcio fue la derrotada (FRAGA IRIBARNE, DCD, 11 julio 1978, p. 4084: "Entendemos que no hay ningún acertijo en la cuestión que nuestras enmiendas han planteado a la Cámara: se trataba, lisa y llanamente de constitucionalizar o no el divorcio. El voto mayoritario ha sido decir que sí, el nuestro es decir no". Es evidente que, aun desde posiciones e interpretaciones distintas de los distintos grupos parlamentarios, el Constituyente no quería constitucionalizar el divorcio.

(63) La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 18 de diciembre de 1986, que resuelve la demanda número 9697/1982, interpuesta por unos particulares contra el Estado de Irlanda, reclamando una normativa legal interna que permitiera el divorcio, declara que "el sentido ordinario de las palabras «derecho a casarse» (se refiere al art. 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: "A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho"; cuyo antecedente es el artículo 16 de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos: "El hombre y la mujer, a partir de la edad núbil, y sin ninguna restricción por causa de raza, nacionalidad o religión, tienen el derecho de casarse y de fundar una familia") es claro: se refiere al nacimiento de las relaciones conyugales y no a su disolución. Además, están en un contexto que se remite expresamente a las «leyes nacionales»; incluso si, como sostienen los demandantes, se puede considerar la prohibición del divorcio como una limitación de la capacidad para contraer matrimonio, en una sociedad que impera el principio de la monogamia no cabe que se califique dicha limitación como un ataque a la esencia del derecho garantizado por el artículo 12" (Convenio Europeo..., cit.). Añade que "es cierto que hay que interpretar el Convenio y sus Protocolos teniendo en cuenta las circunstancias actuales (...), pero el Tribunal no puede deducir, de este Instrumento, por medio de una interpretación evolutiva, un derecho que no se incluyó al principio". Continúa diciendo que "el derecho al divorcio tampoco figura en el Protocolo número 7 del Convenio, abierto a la firma el 22 de noviembre de 1984. No se aprovechó la ocasión para regular esta cuestión en el artículo 5, que reconoce a los cónyuges algunos derechos complementarios, por ejemplo en el caso de disolución del matrimonio. Por otra parte, el apartado 39 de la exposición del Protocolo señala que las palabras «en el caso de su disolución», que aparecen en el artículo 5, «no implican ninguna obligación por parte del Estado de prever la disolución o los modos especiales de disolución del matrimonio». Por consiguiente, entiende el Tribunal que los demandantes no pueden deducir del artículo 12 (Convenio Europeo..., cit.) el derecho al divorcio". Se trata de una sentencia especialmente interesante, en relación con el tema que nos ocupa, por el Derecho Internacional que aplica (de relevancia constitucional en nuestro país, por la vía del art. 10.2 CE), y también por su proximidad temporal con nuestra CE y la Ley 30/1981 que introduce el divorcio en la legislación civil española.

La STC 180/2001 aplica también la doctrina de que la falta de libertad efectiva para contraer matrimonio civil por una causa constitucionalmente inadmisibles determina la atribución, a los convivientes extramatrimoniales, de los mismos beneficios que si hubieran contraído matrimonio. El TC utiliza los preceptos de la CE (vigente desde 1978) para calificar como inadmisibles situaciones jurídicas anteriores, aunque fueran conformes con la legislación vigente en su momento, y atribuirles efectos acordes con los principios constitucionales (64), lo que supone reconocer a éstos una especie de eficacia retroactiva; criterio que es el contrario al mantenido por el Alto Tribunal desde el inicio de su andadura (65) y que, llevado a sus últimas consecuencias, podría tener unos efectos impredecibles.

7. Las uniones de hecho en la jurisprudencia del TS

La doctrina del TS, en relación con las uniones de hecho, se ha ido produciendo, básicamente, mediante sentencias dictadas en recursos de casación interpuestos por miembros de dichas uniones (y sus derechohabientes) en defensa de sus derechos. Resueltas, en los términos expuestos, las cuestiones relativas a la pensión de viudedad, nos centramos especialmente en la doctrina relativa al derecho aplicable en la fase de liquidación de la unión de hecho, que es también la que presenta mayor interés por su carácter controvertido.

Aunque el TS resolvió cuestiones relativas a la convivencia de hecho en algunas sentencias anteriores (66), tenemos que esperar a la de 18 de

(64) En el caso concreto, uno de los convivientes era un militante comunista, cuya ideología le impedía contraer matrimonio canónico; desde 1938, la normativa vigente le exigía declaración expresa de no profesar la religión católica para poder contraer matrimonio civil. El TC considera que esta exigencia es contraria al artículo 16.2 CE (aunque desde 1931 –año en que iniciaron la convivencia– hasta 1938 pudieron contraer matrimonio civil sin necesidad de tal declaración).

(65) Ya la STC 15/1981, de 15 de mayo, señala que “no es admisible hablar de principios constitucionales referidos al régimen anterior, que no era constitucional”; y, en aplicación de dicho criterio establece que “el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de Ley (se refiere al art. 25.1 CE) no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada”.

(66) Como la STS de 3 de julio de 1984 (RJ 3794/1984), en la que se aplica el principio que veda el enriquecimiento injusto (ni las partes plantearon la posibilidad de aplicar la regulación prevista para la sociedad de gananciales), o en la STS de 13 de junio de 1986 (RJ 3549/1986), que desestima las pretensiones de una viuda –separada de hecho, por mutuo acuerdo, durante cuarenta y siete años– a una casa adquirida por su cónyuge mientras convivía con otra persona y el hijo habido durante el matrimonio (el TS considera que la pretensión de la viuda, basada en el Derecho foral aragonés, a una casa a cuya adquisición no contribuyó es contraria a la buena fe y constituye un abuso de derecho).

mayo de 1992 para encontrar una doctrina general sobre la materia. Se apoya en las siguientes bases:

- a) Las uniones de hecho, aunque estén carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. La CE no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza; así se desprende de la lectura de su artículo 32 en relación al 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio como por la unión de hecho.
- b) La realidad legislativa española actual ha afrontado el problema sólo fragmentariamente, sin pronunciarse por una prohibición total (67).
- c) Ante el problema de la anomia, en relación con las uniones de hecho, la analogía es la técnica adecuada ante una realidad social que se presenta dinámica y con profusión en los tiempos actuales y exige respuesta judicial.
- d) No hay que rechazar de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen ganancial matrimonial, si expresamente se pacta.
- e) En las uniones *more uxorio* se crean unas situaciones de hecho a las que, en términos de estricta justicia y por imperio de la equidad, ha de atenderse y tener en cuenta. Pero, para que puedan generar aplicación de la normativa legal, deben cumplir ciertos requisitos que se derivan de su propia naturaleza, a fin de que una interpretación amplia y no debidamente medida desborde y desvirtúe la correspondiente aplicación del Derecho. En este sentido, señala que “la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”.
- f) En muchos casos, los convivientes no pactan ni adoptan ninguna norma previsoras respecto del patrimonio común, salvo el pacto tácito, derivado de las prestaciones habidas entre ellos, que es aflorente de sus voluntades decididas y constatadas de tener en común los bienes que fueron adquiriendo durante la convivencia. La

(67) Cita diversos preceptos que regulan aspectos de las uniones de hecho (arts. 101 y 320 CC y disposición adicional 10 de la Ley 30/1981; arts. 11 y 18 CP; art. 3 Ley Orgánica 6/1984; entre otros).

comunidad que se genera presenta la especialidad de estar orientada a la permanencia de la situación de cotitularidad compartida en cuanto la pareja mantiene su unión, pero recobra toda su actividad divisoria de disolución y adjudicación en cuanto cesa, con carácter definitivo, la convivencia familiar, sin que represente obstáculo eficiente que la titularidad de los bienes aparezca a favor de uno de los convivientes. Puede tratarse (como en el caso enjuiciado) de una titularidad dominical fiduciaria a la que se superpone la verdadera titularidad compartida en porciones igualitarias. En estas situaciones cabe partir de la existencia de una comunidad ordinaria, aunque cada caso puede presentar particularidades que determinan la aplicación de otra institución legal, similar en efectos, como la sociedad irregular de naturaleza mercantil (supuesto de que, por esfuerzo mutuo en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generara un patrimonio comunal).

- g) Si no resulta de fácil encaje analógico, para aplicar a las uniones no matrimoniales, el régimen de gananciales, lo mismo sucede respecto de la separación de bienes, cuando no medió convenio o pacto alguno, pues la proyección patrimonial cabe que se presente en los dos aspectos: cotitularidad respecto a los bienes adquiridos conjuntamente por ambos, y de separación respecto a aquéllos en los que no consta acreditada la concurrencia de voluntad común adquisitiva (que operarían como propios o privativos).

La STS de 21 octubre 1992 (RJ 8589/1992) se mantiene en la misma línea que la anterior. Considera a la unión de hecho estable, entre un hombre y una mujer, como manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), pero no una situación equivalente al matrimonio (68). Añade la siguiente consideración: el inicio de una unión *more uxorio* no lleva aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (sociedad de gananciales, condominio ordinario o cualquier otra) (69), sino que habrán de ser los convivientes

(68) Cita la STC 184/1990 y el ATC 156/1987 y razona la no aplicación de la normativa reguladora del matrimonio con el argumento de que quienes se unieron extramatrimonialmente, pudiendo haberse casado, lo hicieron, en la generalidad de los casos, para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. No niega, sin embargo, la aplicabilidad (no por *analogía legis*, que no se da, sino por *analogía iuris*) de algún régimen económico que para el matrimonio regula el CC, siempre que conste la evidencia, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos), que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo.

(69) Criterio que mantiene de manera inequívoca y constante (v. STS de 27 de mayo de 2004, RJ 3577/2004; STS de 23 de noviembre de 2004, RJ 7385/2004).

interesados los que, por su pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común), evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la existencia de la unión de hecho.

Pocos meses más tarde, la STS de 11 de diciembre de 1992 (Ar. 9733/1992), siguiendo el mismo criterio doctrinal de las sentencias anteriores, hace depender de la voluntad de las partes la posible formación de una sociedad de carácter contractual o el mantenimiento de su independencia económica (70); y añade dos consideraciones de interés, aunque de otro orden: a) aunque se dé la situación fáctica de empeoramiento, de la que parte el artículo 97 CC para los supuestos de separación y divorcio, no cabe, en el caso de la unión *more uxorio*, la fijación de una pensión por analogía con lo dispuesto en dicho precepto para los citados supuestos de separación y divorcio; y b) no existe precepto legal que excluya, para el caso de ruptura de la convivencia *more uxorio*, la indemnización por enriquecimiento injusto, siempre que se den los requisitos necesarios para su apreciación (71).

En sentencias posteriores, el TS mantiene su doctrina en los términos expuestos en los párrafos anteriores, si bien introduce matizaciones de mayor o menor relevancia. Así, podemos citar la STS de 18 de febrero de 1993 (RJ 1246/1993) (72); la STS de 22 de julio de 1993 (RJ 6274/1993) establece que la similitud o semejanza que exige el artículo 4 CC para la aplicación de las normas no puede admitirse para las uniones de hecho y las matrimoniales, pues, en un examen analógico-comparativo de las mismas, se aprecian considerables diferencias (73); STS de 27 de mayo de 1994

(70) Supuesto que considera más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial. Estima que si no se ha probado acuerdo alguno para que las respectivas adquisiciones se atribuyan a ambos, ha de concluirse que no existió sociedad por ausencia del requisito esencial del consentimiento.

(71) Reiterada jurisprudencia (v. STS de 31 de marzo de 1992, RJ 2315/1992; STS de 11 de diciembre de 1992) ha declarado que tales requisitos son: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento, y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. También ha declarado que para la operatividad del enriquecimiento injusto basta que se ocasionen unas ganancias, ventajas patrimoniales o beneficios, sin un derecho que los apoye o advere, con derivado empobrecimiento o minoración patrimonial o de utilidades de la otra parte afectada (STS de 6 de febrero de 1992, RJ 834/1992).

(72) En la que reconoce a la conviviente una participación asociativa en el negocio en que cooperó, pero no en el resto de los que venía explotando su oponente (el art. 1665 CC exige, para el contrato de sociedad, además de la voluntad asociativa, la puesta en común de dinero, bienes o industria).

(73) Considera que las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil; y las segundas no, lo que da lugar a que respecto de éstas

(RJ 3753/1994) (74); STS de 11 de octubre de 1994 (RJ 7476/1994); STS de 20 de octubre de 1994 (RJ 7492/1994); STS de 24 de noviembre de 1994 (RJ 8946/1994) (75); STS de 30 de diciembre de 1994 (RJ 10.391/1994) (76); STS de 18 de marzo de 1995 (RJ 1962/1995) (77); STS de 4 de marzo de 1997 (RJ 1640/1997), afirma que quebrantaría la ley si, con el pretexto de integrar el ordenamiento jurídico, aplicara “el régimen económico-matrimonial y los derechos del cónyuge viudo a quien no es tal cónyuge por su propia y libre decisión”; STS de 29 de octubre de 1997 (RJ 7341/1997) (78); STS de 27 de mayo de 1998 (RJ 3382/1998) (79).

surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, así acontece con la creación del *status iuris* casado/a que no es de aplicación a las uniones *more uxorio*, del mismo modo que los requisitos que la disolución de las matrimoniales requiere no juegan para las de puro hecho. Concluye que la aplicación analógica, a las uniones de hecho, de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico-matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas; añade que la aplicación de la analogía al caso “podría implicar o acaso incluso conducir a una auténtica creación judicial del derecho en materia de dichos regímenes económicos, lo cual no autoriza hoy el artículo 1 CC en general y su ordinal 6.º en particular”. Mantiene el criterio de que para apreciar la existencia de sociedad civil irregular (art. 1669 CC), entre los convivientes, es preciso acreditar la existencia de pactos *inter partes*, de conformidad con el artículo 1665 CC.

(74) Admite que las situaciones de convivencia de hecho pueden permitir alguna clase de reclamación de cantidades si se dan los requisitos de la prestación de servicios, la gestión de negocios o el enriquecimiento sin causa. Considera que la inaplicación de los efectos legales del matrimonio, a los no ligados por dicho vínculo, no contraría el artículo 14 CE, pues no hay trato desigual carente de justificación objetiva y razonable.

(75) Destaca que a las uniones *more uxorio* tampoco les son de aplicación, por analogía, las normas relativas a la separación de bienes.

(76) Considera incluso que someter la voluntad de las partes, al establecer una situación de *facto*, a la normativa reguladora del matrimonio puede constituir un ataque frontal a su libertad, ya que no contrajeron matrimonio para no someterse a la regulación legal prevista para esta institución. Añade que “no cabe alegar el artículo 39 de la Constitución para reclamar la protección jurídica de la familia creada al amparo de una unión de hecho, pues se encuentra enmarcado en el Título I, Capítulo Tercero, y el artículo 53.3 establece que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios recogidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», pero «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», lo que implica una reserva de ley que no cabe violentar mediante la analogía”.

(77) Resuelve un supuesto de ruptura de una convivencia prolongada, en la que ambos convivientes ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjuntamente o individualmente uno de ellos, pero para la sociedad que su convivencia y trabajo en común habían consolidado. Al TS le parece indiferente que se califiquen, tales relaciones, de comunidad normal de bienes o de copropiedad por cuotas o de sociedad civil irregular, ya que el régimen jurídico aplicable es el mismo (las disposiciones relativas a la comunidad de bienes, arts. 392 y ss. del CC).

(78) Afirma que para la liquidación de los bienes adquiridos durante la convivencia, al finalizar definitivamente la unión de hecho, se deben aplicar los artículos 392 y ss. del CC.

(79) Resalta el principio de que de la convivencia *more uxorio* no puede deducirse, sin más, la voluntad de constituir un patrimonio común, ya que los convivientes pueden regular las

Consideración aparte, en razón de la materia objeto de la controversia, merece la STS de 14 de abril de 1994 (RJ 3238/1994) (80), que fija la doctrina de que la convivencia marital no es causa de extinción de la pensión de viudedad (81).

La STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 9020/1996) inicia un cambio de orientación doctrinal. Parte de que la nota común de las uniones de hecho “es la exclusión por regla general, de las normas legales del matrimonio... ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras”; y rechaza la aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales (82). El giro doctrinal consiste en que considera que “puede y debe tratarse el problema como una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación, y sobre todo investigando la *ratio* normativa a la convivencia *more uxorio*”. Apoyándose en este razonamiento, introduce una excepción al criterio jurisprudencial que rechaza la aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales a las uniones de hecho (sin pacto válido, en este sentido, entre las partes). Dicha excepción se refiere a la vivienda familiar, a la que considera “el reducto donde asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (...) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”. Por ello, entiende “que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también para este caso” (83). Por otra parte, aplica la regulación de la cul-

consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 CC, bien por pacto expreso o mediante conductas significativas que evidencien su voluntad común.

(80) Dictada en recurso de casación para unificación de doctrina.

(81) Se basaba en el artículo 11.a) de la Orden de 13 de febrero de 1967, del Ministerio de Trabajo, sobre normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia (BOE 23 febrero 1967); que establecía como causas de extinción de la pensión de viudedad contraer nuevas nupcias o tomar el estado religioso, sin hacer referencia a una nueva convivencia marital.

(82) Mantiene, en este sentido, la doctrina de sentencias precedentes, reconociendo la autonomía de la voluntad de las partes para establecer pactos válidos que podrían conducir a la aplicación de alguno de dichos regímenes.

(83) La sentencia considera que el artículo 96.3, integrado con el artículo 4.1.º, ambos del CC, permite la solución adoptada (la aplicación analógica de las normas relativas al uso de la vivienda familiar en caso de nulidad, separación o divorcio, a las uniones de hecho).

pa extracontractual (art. 1902 CC), para determinar la cuantía de los daños reparables a la parte perjudicada con motivo de una convivencia de hecho (84).

Un hito importante en la jurisprudencia del TS es la STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1272/1998), donde considera que la convivencia *more uxorio* puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica, que deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho; a falta de regulación legal y de costumbre, es preciso acudir a los principios generales del Derecho, última fuente formal en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico (art. 1 CC), y extraer el principio general de “protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho”; que deriva de normas constitucionales (arts. 10, 14 y 39), de normas de Derecho privado (85), de las sentencias del TC (86) y de las mismas SSTs, en las que se reconocen derechos al conviviente perjudicado (87). El TS casa la sentencia de instancia porque ha inaplicado incorrectamente el artículo 96 CC y la doctrina jurisprudencial, pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general de protección del conviviente perjudicado, que se deduce de aquel precepto y demás normas citadas (88).

En posteriores sentencias (STS de 23 de julio de 1998, RJ 6131/1998; STS de 22 de enero de 2001, RJ 1678/2001) mantiene la doctrina de que la normativa reguladora del régimen matrimonial no es automáticamente aplicable a la unión de hecho, en la que habrá que estar a los pactos expresos o tácitos entre las partes. Pero la STS de 27 de marzo de 2001 (RJ 4470/2001) pone énfasis en la carencia de una regulación jurídica de carácter general de las uniones de hecho y recuerda la doctrina que re-

(84) A la que, en este caso, se unió una promesa de matrimonio.

(85) Cita el propio artículo 96 CC y el artículo 16.1.b) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que reconoce expresamente la protección al conviviente.

(86) Se refiere a las ya citadas SSTC 222/1992, 47/1993 y 6/1994.

(87) En el caso que resuelve el TS se dan, como hechos probados, la convivencia *more uxorio*; la compra de la vivienda y la plaza de aparcamiento, por mitad y *pro indiviso*; la conviviente contrae una grave enfermedad y sigue, por pacto entre las partes, en el uso de la vivienda, muebles y plaza de aparcamiento, tras la ruptura de la convivencia.

(88) En base a ello atribuye a la mujer enferma el uso y disfrute de la vivienda familiar, muebles y plaza de aparcamiento, pero “no indefinidamente, sino por un tiempo aproximado de diez años... se fija el límite en fecha 1 de febrero del año 2000, tras la cual se aplicarán las reglas sobre la copropiedad que establecen los artículos 392 y ss. del Código Civil”. La sentencia de la Audiencia, recurrida en casación, atribuía también el uso de los inmuebles y muebles a la ex conviviente, pero en los términos convencionalmente establecidos y “con el efecto propio del pacto o contrato, que finalizará cuando cese el estado de indivisión o varíen sustancialmente las circunstancias”. La STS atribuye el uso por un tiempo determinado (con un límite preciso), apoyándose en un principio general del Derecho, que construye y hace prevalecer sobre lo pactado entre partes, y lo lleva a extremos cercanos a la creación judicial del Derecho.

chaza la aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales a las mismas; a continuación retoma la doctrina contenida en las SSTs de 16 de diciembre de 1996 y 10 de marzo de 1998 y concluye en “la necesidad jurídica de compensar económicamente al conviviente en peor situación económica, con causa en la ruptura de la convivencia, en la cuantía prudencial que atendidas las circunstancias el juez señale, al menos para facilitar y ayudar el tránsito a la nueva situación de hecho” (89).

La STS de 5 de julio de 2001 (RJ 4993/2001) da un salto cualitativo en la nueva orientación jurisprudencial. Estima que, ante la ausencia de la normativa reguladora de las parejas de hecho, “ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en estos casos de uniones de hecho... encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio en el Código Civil y así su artículo 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (art. 99)” (90); concluye que “el precepto

(89) Hace también una reflexión que abre una vía expansiva de aplicación analógica de preceptos reguladores del régimen económico matrimonial a las uniones de hecho, en materia de compensación. Considera la aplicación analógica no sólo del artículo 97 CC, y su razón, trasladable a situaciones equivalentes, sino, también, del artículo 1438 CC, que, respecto del régimen de separación de bienes (que afirma— “desde luego a salvo pactos en contra es el que rige, con carácter absoluto, para las uniones de hecho”), dispone que “el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará”.

(90) Esgrime un nuevo argumento de refuerzo, razonando que, “de no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía en situaciones de verdadera semejanza, en el sentido del artículo 4.1 del Código Civil, entre el caso enjuiciado carente de normativa específica y de la semejanza de situación con el cese de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, por lo que estima este Tribunal que tal es la normativa de aplicación por identidad de razón”. Añade que “otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles, proclamado por el artículo 14 de la Constitución”. El argumento no parece muy consistente, ya que, sin entrar a valorar la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre determinados aspectos de las uniones de hecho, es evidente que, si la tienen, pueden someterlas a regulación específica o no; y, en el primer caso, producir legislaciones diferentes, sin que ello contravenga necesariamente el artículo 14 CE. El modelo de Estado que diseña la CE lleva implícita la posibilidad de legislaciones distintas en las distintas Comunidades Autónomas

de aplicación es el artículo 97 del Código Civil, a través de la analogía” (91). En la misma línea, la STS de 16 de julio de 2002 (RJ 6246/2002) (92).

Con la STS de 17 de enero de 2003 (RJ 4/2003) se inicia un nuevo rumbo. Considera el TS que la convivencia *more uxorio*, aunque carente de normativa legal, puede producir una serie de efectos con trascendencia jurídica que deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. Acoge el principio general de protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica (sentada por la STS de 10 de marzo de 1998 y recogida después en la STS de 27 de marzo de 2001) y otorga a la demandante (mujer perjudicada) la indemnización correspondiente a la ruptura de la convivencia, para compensar el perjuicio injusto (sin causa) que ha sufrido. Pero argumenta dicha indemnización relacionándola con la institución (que, afirma, es expresión de un principio general del Derecho) del enriquecimiento injusto (93), sin recurrir a la aplicación analógica de preceptos reguladores del régimen económico matrimonial (94).

La STS de 17 de junio de 2003 (RJ 4605/2003) hace una reflexión sobre la jurisprudencia “disímil” producida por el Alto Tribunal y señala que las uniones de hecho son una realidad social que, cuando reúnen determinados requisitos (constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial), han merecido el reconocimiento como modalidad de familia, “aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos” (95). Resuelve un supuesto de extinción de la unión de hecho por muerte de uno

(dentro del marco común determinado por la legislación estatal dictada en el ámbito de sus competencias, que es la que debe garantizar el principio de igualdad, v. art. 149.1.1.ª CE).

(91) Según la fundamentación de esta sentencia, la semejanza entre la situación matrimonial rota por divorcio o separación y la convivencia *more uxorio*, de larga duración, rota unilateralmente, cuando se produce un desequilibrio económico para uno de ellos con respecto de la posición del otro, permite la aplicación analógica de los preceptos legales previstos para aquella situación.

(92) Alude expresamente al cambio de orientación jurisprudencial, señalando que “si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala mantuvo un tiempo la solución indemnizatoria con base al enriquecimiento injusto, posteriormente (de modo definitivo las sentencias de 27 de marzo y 5 de julio de 2001) considera más adecuada la aplicación analógica (art. 4.1 del Código Civil) del artículo 97 del Código Civil”.

(93) Se trataba de un supuesto de convivencia de hecho en la que todos los bienes adquiridos durante la vigencia de la misma habían sido inscritos a nombre del varón, lo que, por otra parte, impedía apreciar la existencia de una comunidad.

(94) Criterio que sigue el TS en sentencias posteriores, como la STS de 23 de noviembre de 2004 y otras a las que nos referimos a continuación.

(95) Para el TS, la conciencia de los miembros de la unión, de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio, no es razón suficiente para que se desatendan las importantes consecuencias que se pueden producir, entre otros supuestos, en el de extinción.

de sus miembros, en el que no cabe apreciar responsabilidad civil por culpa extracontractual (art. 1902 CC), ni la aplicación analógica de la pensión compensatoria del artículo 97 CC (que sólo cabría contemplar en situaciones de ruptura por causa distinta de la muerte). Aplica también la doctrina del enriquecimiento injusto (96) y precisa que su cuantía debe fijarse mediante una apreciación ponderada de las circunstancias por el Tribunal (97).

La STS de 5 de febrero de 2004 (RJ 213/2004), que resuelve un supuesto de disolución de la unión de hecho por voluntad unilateral de uno de los convivientes, mantiene la inaplicabilidad de la regulación del régimen económico-matrimonial y la diferenciación de aquella unión respecto del matrimonio. Resume la doctrina del TS en el sentido de que, salvo escasas excepciones, la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil, sino que se le ha reparado a ésta acudiendo a distintas soluciones, por la vía de aplicar la norma más adecuada (o principios generales extraídos del Derecho positivo) para la solución más justa en cada caso (98). En la misma línea, la STS de 12 de septiembre de 2005 (99) proclama que la unión

(96) La superviviente se dedicó, durante los cincuenta y tres años de convivencia, a la atención de su pareja y del hogar familiar, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de éste, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio. Considera el TS que hay enriquecimiento no sólo cuando hay un aumento de patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio; y el empobrecimiento puede consistir en la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del otro. La falta de causa es la carencia de razón jurídica que fundamente la situación.

(97) Y lo hace el TS, asumiendo la instancia (de acuerdo con el art. 1715.1.3.º Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada por RD de 3 de febrero de 1881, en redacción dada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que la modifica) y corrigiendo la fijada por la sentencia de instancia. Aclara el TS que el conviviente no tiene derecho sucesorio alguno.

(98) Señala, como doctrina pacífica y consolidada del TS, que “tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa”. Aclara que se trata de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de la relación. La protección a ésta se ha convertido en un principio general en la jurisprudencia del TS (la STS de 7 de julio de 2004, RJ 5108/2004, añade que es aplicable con más razón cuando se trata de la protección de los intereses de los hijos menores de edad). En el caso enjuiciado, al no probarse perjuicio patrimonial de la demandante (que continuó trabajando, sin dedicarse exclusivamente al hogar) ni enriquecimiento consecuente en el patrimonio de su pareja, no aplica, lógicamente, la doctrina del enriquecimiento injusto.

(99) RJ 7148/2005, que hace una detallada exposición de las distintas soluciones o técnicas utilizadas por el TS y el TC para resolver la cuestión indemnizatoria, tras la ruptura de la unión de hecho; y se cuestiona el principio general de favorecer al miembro más desprotegido con las preguntas retóricas: “¿más desprotegido por qué o por quién?... si la «protección» en la que se está pensando es la que brinda el régimen jurídico del matrimonio y este régimen se

de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio; añade que “hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede afirmar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello, debe huirse de la aplicación por *analogía legis* de las normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja... nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio” (100); pero no excluye la aplicación del derecho resarcitorio “para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho”. Ante la ausencia de normas, considera procedente recurrir a la técnica de la *analogía iuris*, lo que le lleva a la figura del enriquecimiento injusto (101), que, afirma, siempre servirá como cláusula de cierre para resolver la cuestión (102). No admite la aplicación del artículo 97 CC como base genérica para determinar la indemnización en la disolución de una unión de hecho. En la misma orientación doctrinal, la STS de 19 de octubre de 2006 (RJ 8976/2006) señala que es consustancial a la diferente naturaleza de las uniones de hecho y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial la no aplicación, por *analogía legis*, a aquéllas, de las normas propias del matrimonio, lo que no empuja que éstas y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes puedan ser aplicables, bien por pacto expreso, bien por ana-

excluyó consciente y voluntariamente, ¿dónde está la «desprotección» que jurídicamente haya que remediar?”.

(100) Esta doctrina se reproduce en la STS de 5 de diciembre de 2005 (RJ 10185/2005).

(101) Recogida en los artículos 10.9 y 1887 CC.

(102) Considera que el reconocimiento de la compensación, en supuestos de ruptura, requiere básicamente que se produzca un desequilibrio, que se mide en relación con el otro miembro de la pareja y que implica un empeoramiento en relación con la situación anterior, para apreciar el cual habrá que estar al supuesto concreto, a la existencia de pactos, promesas o la creación y sostenimiento de situaciones de *facto*, de las que se pueda deducir si hubo o no proyecto de vida en común; reproduce la doctrina de la STS de 17 de junio de 2003 sobre el enriquecimiento injusto; que después se recoge también en la STS de 5 de diciembre de 2005, que añade que no es aplicable cuando existe una normativa específica que regula el supuesto concreto (se refiere a la compraventa de inmuebles, en la que el recurrente alega que fue él el que pagó íntegramente el precio, aunque la escritura se otorgara a nombre de ambos convivientes). Los criterios de aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto, sentados en las sentencias citadas, parecen también consolidados en la jurisprudencia del TS (v. STS de 6 de octubre de 2006, RJ 6650/2006).

logía iuris, cuando por *facta concludentia* se evidencia la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común. Parece, pues, asentada la doctrina que da especial relevancia a la voluntad de los convivientes para regular las relaciones derivadas de la unión de hecho, la cual no comporta necesariamente la creación de una comunidad de bienes (103). La prelación de fuentes en orden a la regulación de las consecuencias económicas de la extinción unilateral de las uniones de hecho (que deja apuntada la STS de 12 de septiembre de 2005) la establece la STS de 22 de febrero de 2006 (RJ 160/2006) en el siguiente sentido: 1) su ley específica (104); 2) en ausencia de la misma, se estará a lo pactado entre sus miembros; 3) a falta de ello, en último lugar, la técnica del enriquecimiento injusto (105).

La STS de 8 de mayo de 2008 (RJ 2833/2008) recoge una especie de compendio de la doctrina del TS, en los términos expuestos en los párrafos que preceden. Es de resaltar, por su carácter controvertido en la evolución doctrinal que hemos expuesto, la mención expresa a la inaplicabilidad, por analogía, de la regulación establecida para el régimen económico matrimonial, en razón de que, al no haber matrimonio, no hay tal régimen.

8. A modo de resumen de la jurisprudencia del TS

La doctrina del TS, respecto de las relaciones jurídicas entre los miembros de las uniones de hecho, es relativamente reciente; se ha construido, básicamente, a partir de 1992, mediante sentencias dictadas en recursos de casación para resolver controversias surgidas en la liquidación de las relaciones patrimoniales derivadas de la convivencia *more uxorio*, una vez concluida definitivamente ésta. Salvo en algunas sentencias producidas entre los años 1996 y 2002, el TS ha mantenido el criterio de la no aplicación, por *analogía legis*, de las normas reguladoras del régimen jurídico del matrimonio, a las uniones de hecho, pero sin excluir que las relativas

(103) V. también STS de 26 de enero de 2006 (RJ 417/2006), que admite la posibilidad de que, por voluntad de los convivientes, se cree un sistema de comunicación de bienes parecido a cualquiera de los admitidos para el matrimonio o que utilicen otras fórmulas para hacer comunes todos o algunos de los bienes que se adquieran durante la convivencia.

(104) En el actual ordenamiento jurídico español será, en su caso, la ley autonómica (dejamos para un estudio posterior la dudosa competencia autonómica para regular esta materia).

(105) En el caso controvertido, aunque no había pacto expreso, el TS aprecia la voluntad de creación de un patrimonio común que corresponde dividir, basándose en la duración de la unión (al menos, diez años) y la explotación comercial en común, con todo un juego de cuentas bancarias comunes.

al régimen económico-matrimonial y, en general, las reguladoras de la disolución de las comunidades de bienes, puedan ser aplicables, por pacto entre los convivientes o por *analogía iuris*, cuando por *facta concludentia* se evidencie su voluntad de someterse a ellas, en cuyo caso serán las que regularán la disolución y liquidación definitiva de la unión de hecho a falta de ley específica.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL NOTARIADO EUROPEO

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS

*Notario. Ex Letrado Adscrito en la Dirección General
de los Registros y del Notariado*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN: VISIÓN GENERAL DEL NOTARIADO ESPAÑOL Y DEL EUROPEO. CARACTERÍSTICAS. **II.** APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA O NO CONTENCIOSA. **III.** EL NOTARIADO EUROPEO E INTERNACIONAL Y LA JURISDICCIÓN NO CONTENCIOSA. LA COLABORACIÓN CON LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA. ITALIA. AUSTRIA. ALEMANIA. BÉLGICA. COLOMBIA. PUERTO RICO. QUÉBEC (CANADÁ). FRANCIA. **IV.** CONCLUSIÓN.

I. Introducción: visión general del Notariado español y del europeo. Características

El Notariado de tipo Latino o de Derecho civil, en la más moderna terminología, es una realidad clara y patente en el seno de la Unión Europea en el que se inserta el Notariado español.

Es por ello que asociaciones internacionales como el CNUE, el Consejo de los Notariados de la Unión Europea, del que el Notariado español forma parte, son esenciales para estar unidos todos los Notariados de tipo Latino de la Unión Europea, haciendo un frente y teniendo una voz comunes. Por ello, creo conveniente el realizar una explicación de lo que significa este Consejo y de sus funciones. Aunque en materia notarial no existe armonización a nivel comunitario, por depender la función notarial como función pública de la competencia exclusiva de la soberanía de cada Estado, no cabe la menor duda que la Unión Europea y su normativa repercuten en nuestra actividad, de manera indirecta a través de los textos normativos que luego deben ser traspuestos a nuestro ordenamiento jurídico y que el notario tiene que aplicar en su quehacer diario (*vid.* el Derecho Societario, entre otros), como de una manera directa, cuando a veces, a través de las instituciones europeas, normalmente la Comisión, se insta a las autoridades de cada país a cambiar la legislación notarial en campos relacionados con el Derecho de Competencia, poniendo en duda o en entredicho materias como el *numerus clausus*, el derecho de acceso, la competencia territorial, los aranceles, etc.

Otras veces, la actividad de la Comisión se lanza a otras materias donde no existe armonización, abriendo campos en el Derecho de los contratos, familia y sucesiones, entre otras cuestiones.

Cuando muchas veces se hace referencia al Notariado europeo, la expresión puede dar lugar a muchas preguntas, y entre otras las siguientes: ¿existe un único sistema notarial en toda Europa?, ¿existen notarios en el conjunto de la Unión Europea?, y por último, quizá la más importante, dentro de un mismo sistema notarial, ¿hay un hilo conductor común y unas bases mínimas que regulan la profesión?

El Notariado español es consecuencia del sistema jurídico denominado de Derecho civil o latino-romano-germánico, frente al denominado sistema jurídico del *Common-Law*.

No es éste el momento para hacer un análisis en profundidad de los dos sistemas, pero sí indicar que, en el sistema de Derecho civil, la norma jurídica es la fuente de Derecho, y que dentro del sistema documental aparece el documento público como expresión de la intervención de determinadas personas a las que la ley les confiere una autoridad para poder autorizar documentos públicos. Por el contrario, en el sistema del

Common-Law, es la actividad de los Tribunales a través de sus sentencias y del precedente las que determinan la esencia de la fuente del Derecho, junto con la no existencia del documento público, con las consecuencias que de ello se derivan.

En la Unión Europea de los veintisiete países miembros, veintiuno de ellos están incardinados en el sistema de Derecho civil, y el resto en otros sistemas alejados en cuanto a su origen y concepción del mundo jurídico. En este sentido, países como Reino Unido e Irlanda participan del sistema del *Common-Law*, y de otra parte los denominados sistemas escandinavos, que están más cerca del sistema del *Common-Law* que del sistema latino. Como consecuencia de ello, en estos últimos países no existe la figura del notario como la entendemos en España, y en otros muchos países tanto en lo referente a la función que desempeña como al acceso a la profesión y sobre todo por el carácter de su actuación.

El Notariado español pertenece al Notariado Latino, que se caracteriza porque el notario es un oficial público que actúa por delegación de la soberanía del Estado en el ejercicio de la función pública. La expresión de esa actividad tiene su culminación en la autorización de documentos públicos notariales, que como tales documentos públicos el Estado les dota de unos especiales efectos legitimadores, probatorios y ejecutivos.

Este Notariado al que hacemos referencia, redacta y autoriza el documento público, realiza el control de legalidad del contenido del mismo, asesorando a las partes, realizando la función de identificación, de capacidad, de la legitimación y representación de éstas. Estas características conforman toda una serie de actuaciones que desembocan en una misma finalidad, el ejercicio de una función pública que es patrimonio del Estado y que éste delega.

En los otros sistemas jurídicos, el notario no existe, y cuando existe lo es a los meros efectos de realizar una actividad de legitimación de firmas, pero nunca en el control de legalidad del contenido del documento, por lo que podemos decir que, en nuestra opinión, no existe tal sistema notarial o institución notarial.

En la Declaración de Buenos Aires de 8 de octubre de 1948 existe una definición que determina este carácter que hemos indicado anteriormente de la función notarial, en el sentido que *“el notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido”*.

En este sentido también hay que tener en cuenta el acuerdo del CNUE de 23 de marzo de 1990, conocido por Declaración de Madrid, donde se establece, entre otros apartados, que *“el notario es un oficial público que*

tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva”.

Otra de las características del denominado Notariado Latino es que el notario es un profesional del Derecho, cuestión ésta inescindible a la de su carácter de oficial o funcionario público, condiciones ambas que no pueden separarse y que en el Reglamento Notarial Español de 1944 (en la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero) se expone con claridad cuando establece en su artículo 1.º que:

“Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos. b) Y en la esfera del derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar.” ...

En la Declaración de Madrid, ya citada, se dice que el notario ejerce su función en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas.

Estas características que hemos expuesto sobre la función notarial de tipo latino son, en principio, esenciales para hablar de este sistema notarial, y en principio deberían ser los requisitos mínimos exigibles para poder incardinar al Notariado en este sistema.

En la UIN (antes UINL) confluyen más de setenta notariados de diferentes países, todos bajo el marchamo del Notariado Latino. No obstante, es muy difícil hablar de una uniformidad debido a las diferencias culturales, sociales, incluso jurídicas en determinadas materias. A pesar de ello existe un hilo conductor y unas bases mínimas en todos estos notariados. Curiosamente, desde hace pocos años, China, y en concreto los notarios de Shangai, pertenecen a la UIN, e incluso los denominados notarios de Londres, con un *status* especial en el momento en que ingresaron, que ha ido evolucionando en su país de manera clara, ya que antes estos notarios de Londres, nombrados por el arzobispo de Canterbury, tenían facultades para autorizar documentos a los efectos de su validez en el extranjero, con la apariencia y formalidades de los documentos públicos de los notarios latinos.

Con ello quiero indicar la dificultad de poder hacer un denominador común en los notariados miembros de la UIN, aunque formalmente participan de los dos elementos o requisitos ya citados.

La Unión Europea tuvo ocasión de expresarse a través de la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 sobre la situación y la organización del notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad. En esta resolución se intenta definir las características de la actividad del notario, y en concreto del notariado de tipo latino, aunque no lo cita como tal. En este sentido se indica en la resolución: *“Que la actividad del notario se caracteriza por una delegación parcial de la soberanía del Estado, que garantiza el servicio público de la elaboración de contratos y la legalidad y autenticidad y fuerza ejecutoria y probatoria de éstos, así como el asesoramiento previo e imparcial prestado a las partes interesadas...”*. En otro apartado de la resolución se vuelve a incidir sobre esta cuestión al decir que la profesión de notario... *“se caracteriza en lo fundamental por una serie de elementos prácticamente comunes, que pueden resumirse de la siguiente forma: delegación parcial de la soberanía del estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas; actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal... pero sometida al control del estado... en lo que se refiere a la observancia de las normas referentes al documento notarial, a la reglamentación de las tarifas en interés de los clientes, al acceso a la profesión, o a la organización de la misma”*.

La reciente Resolución del Parlamento Europeo de marzo de 2006 sobre las profesiones jurídicas y el interés general en el funcionamiento de los sistemas jurídicos define de manera nítida las características de este Notariado Latino o de Derecho civil. Se trata de un documento de gran valor, ya que ha sabido plasmar en un texto de la Unión Europea las bases y esencias de este tipo de Notariado. En este sentido se establece en la citada resolución: *“... Considerando que los notarios son designados por las autoridades de los Estados miembros como funcionarios públicos entre cuyas funciones se cuentan las de redactar documentos oficiales con especial valor probatorio y de inmediata aplicabilidad, Considerando que los notarios desempeñan una amplia labor de investigación y examen, en nombre del Estado, en materias relativas a la protección jurídica no judicial, particularmente las relacionadas con el Derecho de sociedades –competencia comunitaria en algunos casos–, y que, como parte de esta labor están sometidos a una supervisión disciplinaria, por parte del Estado miembro correspondiente, equiparable a la que se aplica a los jueces y funcionarios, K. Considerando que la delegación de una parte de la autoridad por parte del Estado constituye un elemento original inherente a la profesión de notario, y considerando que esta autoridad se ejer-*

ce en la actualidad de manera regular y supone la mayor parte de la actividad de un notario, ...". Asimismo enuncia una aseveración esencial cara al notariado que siempre hemos defendido al indicar que: "... 17. Entiende que el artículo 45 del Tratado es de aplicación plena a la profesión de notario como tal; ...".

Las características de este Notariado de tipo Latino o de Derecho Civil no cabe la menor duda que tienen una aproximación más clara en los notariados pertenecientes a la Unión Europea, y más en concreto a los del CNUE, que en la actualidad, y por las ampliaciones comunitarias, son veintiuno los notariados de la Unión Europea que pertenecen al CNUE. Es decir, una mayoría de notariados del tipo latino, en donde, junto a los países tradicionales como España, Francia, Alemania, Italia, etc., se han ido incorporado otros, como Hungría, Polonia, Lituania, Letonia, Chequia, Eslovaquia, Eslovenia, hasta incluso Malta.

Hay que hacer constar que se trata de notariados muy jóvenes, pues no debemos olvidar que la mayoría de ellos provienen de los antiguos países del Este, donde el Notariado estaba totalmente estatalizado y donde la propiedad privada no existía como tal. No obstante, debo reconocer que al empezar el contacto con estos nuevos notariados he constatado un ánimo de lucha muy importante, y el querer desarrollar y ampliar la función notarial, teniendo muchos problemas, por presiones sobre todo de otras profesiones jurídicas que intentan diluir en algunos campos la función del Notariado Latino. Debo decir que en el campo de las nuevas tecnologías me ha sorprendido muy gratamente el esfuerzo de adaptación a las mismas por estos nuevos notariados, y baste como ejemplo el Notariado checo, que desde hace años participa activamente en lo que podríamos denominar registro de bienes muebles y garantías, donde la gestión, control y aportación de datos son llevadas por el Notariado.

Podemos decir que existen ciertamente unas características comunes, de carácter fundamental, en los notariados pertenecientes al CNUE. En este sentido, y siguiendo a GÓMEZ-MARTINHO (1), podemos indicar las siguientes:

1.^a La concepción del notario como un oficial o funcionario público que ejerce su actividad bajo forma de una profesión liberal.

2.^a La consideración de la función notarial como una función unitaria integrada por una actividad privada junto a una actividad pública.

3.^a La atribución al documento notarial del carácter auténtico o público, con unos efectos probatorios y ejecutivos.

(1) GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto: *La función del notario en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, 2.^a edición, 1999, pp. 61 y ss.

4.^a La extensión de la actividad del notario a todos los actos, contratos y negocios o relaciones jurídicas de carácter no contencioso entre particulares.

5.^a La facultad de libre elección de notario por los particulares y la retribución directa por éstos al notario de sus servicios.

6.^a La organización, para el ejercicio de la función, bajo el sistema propio de las organizaciones profesionales, pero siempre existiendo una tutela superior del poder público.

7.^a La responsabilidad del notario en el ejercicio de su función.

8.^a La actuación como medio de garantizar la seguridad jurídica, realizándose por el notario el control de legalidad.

Junto a estas características comunes existen diferencias, como por ejemplo:

1.^a La extensión del ámbito funcional de la actividad del notario, concretada en un determinado territorio, sistema que existe en la mayoría de los países. Son excepciones en este sentido Francia y Luxemburgo, donde el notario puede utilizar documentos en todo el territorio nacional, y en Holanda en algunos supuestos.

2.^a La intervención de uno o varios notarios en un solo contrato, nombrados por cada una de las partes. Es un sistema típico de Francia y Bélgica, aunque al final es un solo notario el que autoriza el documento. Ello hay que ponerlo en relación con el concepto que tenemos en España de la imparcialidad.

3.^a La existencia de excepciones al principio general de conservación por el notario de los documentos públicos y originales, admitiéndose en algunos ordenamientos los llamados documentos en *brevet*, en los que el notario se desprende del original del documento y conserva sólo una copia del mismo no firmada, dándose esta circunstancia normalmente en un tipo de documentos, como son los poderes. En este sentido puede encuadrarse Italia.

4.^a Existe otro tipo de diferencias que provienen fundamentalmente, no de las normas notariales, sino de los códigos o normas generales, en cuya virtud varía la clase de documentos en que es indispensable para la validez de un acto o contrato el documento notarial. Ejemplos pueden ser los de Francia en relación con las sociedades mercantiles, ya que desde 1984 no es necesario el documento público para su constitución, o en otro sentido, en Alemania, donde para la transmisión de un inmueble es necesaria la escritura pública, y para los inmuebles situados en Alemania solamente esa transmisión puede realizarse por notario alemán.

También consecuencia de las propias normas internas, el notariado en

algunos países tiene más facultades que en otros en materia llamada de jurisdicción voluntaria, y sobre todo en el tema de actas. En este campo, en concreto el de las actas, podemos decir que el Notariado español es el que más amplias facultades tiene para su actuación, ya que en otros países, como Francia, éstas están reservadas a otros oficiales públicos de la Justicia.

Me atrevería a decir que, en su conjunto, el Notariado español es el más completo en cuanto a sus actividades y funciones encomendadas por el Estado, siendo quizá el Notariado italiano el más parecido.

II. Aproximación a la jurisdicción voluntaria o no contenciosa

No ha sido pacífica la conceptualización de la jurisdicción voluntaria, llamada en otros países jurisdicción graciosa o no contenciosa.

Según FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en su obra *Jurisdicción voluntaria en el Derecho Romano*, ésta se encuentra en el Derecho Romano, en las fuentes jurídicas y extrajurídicas del Libro I de las Instituciones de Marciano.

En cuanto al concepto de la misma, son muchos los que se han dado. GUTIÉRREZ ALVIZ indica “que la jurisdicción voluntaria es aquella en la que el magistrado interviene sin litigio o conflicto colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico, y para cuya celebración se finge la existencia de un proceso que se caracteriza por las siguientes notas:

- a) Voluntariedad. La actuación del magistrado se ejerce *Inter volentes* entre personas que espontánea y voluntariamente reclaman o solicitan su intervención, y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, y tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución ante el magistrado, sin que del mismo se derive un perjuicio para los derechos de terceras personas.
- b) Ausencia de conflicto de intereses entre partes, es decir, control de legalidad.
- c) Asesoramiento de las partes. Lo característico de la jurisdicción voluntaria no es, por tanto, la falta de controversia, sino la falta de dos partes adversas”.

Como ha indicado GARCÍA DE VALDEAVELLANO, la atribución a los jueces de facultades que, en principio, no parece que puedan incluirse en el poder de juzgar pasó del Derecho Justiniano a la glosa y de ésta al Derecho común. La práctica la consolidó y tuvo definitivo acogimiento en la época codificadora a través de las legislaciones civil y procesal.

Ello está en íntima conexión con lo que podamos entender del concepto de jurisdicción o potestad jurisdiccional.

En un sentido positivo que implica que el monopolio de la misma la tienen los jueces y magistrados. Sentido que descansa en el artículo 117.3 de la CE.

En sentido negativo aparece recogido en el artículo 117.4 de la CE, cuando establece: “Los jueces y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho”. Indica DÍEZ-PICAZO que esas funciones jurisdiccionales han de serles expresamente atribuidas por Ley. Y es dentro de ese marco donde puede incardinarse la llamada Jurisdicción Voluntaria. Se trata de una genuina reserva de ley, que veda excepciones dispuestas por normas reglamentarias y, por supuesto, auto-atribuciones judiciales (2).

Como indica RODRÍGUEZ ADRADOS, en este tema hay que tener en cuenta lo siguiente: “... 1) En cuanto al ámbito de la función notarial y jurisdicción voluntaria, es necesario recuperar para la legislación notarial aquellos actos que no tienen naturaleza de actos de jurisdicción voluntaria, y que sólo por un arrastre histórico, o por analogía con ellos, figuran incluidos en ésta, produciendo perjuicios con la consecuente injerencia judicial, concurrencia con el secretario judicial, etc. En resumen, la LEC de 1881 que ahora se va a modificar, no hizo otra cosa, que seguir en términos generales a la Ley de 1855, anterior a la Ley del Notariado de 1862, anterior por tanto a la separación entre la fe pública judicial y la extrajudicial, y no tiene pues nada de particular que las confundiera. Por otra parte el derecho civil de entonces era el de la Ley de Partidas...”.

En este sentido, dice RODRÍGUEZ ADRADOS (3) que la conclusión lógica es la exclusión de tales actos de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, dejando libre el camino para que se rijan exclusivamente por la legislación notarial, aunque quizá por razones especiales puede, sin embargo, ser conveniente que se regule un paralelo expediente de jurisdicción voluntaria, pero en todo caso ello no puede suponer la inmisión de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en la regulación puramente notarial de tales actos.

(2) Las citas y reseñas anteriormente expuestas han sido extraídas de PLANELL DEL POZO, María Cristina, en “Jurisdicción voluntaria en la UINL y su relación con el notario”. AAVV, en *VII Congreso Notarial Español. La Justicia Preventiva en el Espacio Jurídico Europeo. Desafíos del Notariado Español*. Consejo General del Notariado, 2002, pp. 116 y ss.

(3) Sobre el tema, *vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, en “Jurisdicción Civil y Notariado”, en *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*, promovidos por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y el Ministerio de Justicia, tomo II, pp. 249-62, Madrid, 2004.

III. El Notariado europeo e internacional y la jurisdicción no contenciosa. La colaboración con los Tribunales de Justicia

Una vez establecidos los criterios y principios básicos del Notariado de tipo Latino vamos a intentar analizar en algunos países de nuestro entorno las actuaciones de los notarios en relación a la jurisdicción voluntaria o jurisdicción no contenciosa, e incluso su participación en temas judiciales cuando así son encargados por el propio Juzgado o Tribunal, lo que supone una modalidad diferente en el sentido de auténticos colaboradores de la Justicia.

No olvidemos que, entre otros, el Consejo de Europa, en su Recomendación (86) 12, de 16 de septiembre de 1986, aconseja a los Estados miembros que tomen las medidas adecuadas para el cumplimiento de estos fines, fines referentes a conseguir la disminución del volumen de funciones no jurisdiccionales de los jueces y tribunales y servicios de apoyo a unos y otros, en su recomendación.

No podemos olvidar tampoco las ideas desarrolladas en el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, en cuyas conclusiones se quiere crear un espacio de libertad, justicia y seguridad en el marco de la Unión Europea. En el punto V, 30, en su último inciso, entre otras consideraciones, recomienda a los Estados miembros que deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos, redactando normas especiales de procedimientos comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos.

Ello determinará y nos dará una visión desde el punto de vista práctico más completa para extraer las correspondientes conclusiones en esta materia.

Italia

En relación al Notariado italiano, el artículo 1 de la Ley Notarial establece que los notarios son oficiales públicos investidos para autorizar los actos *inter vivos*, así como los de última voluntad, a los efectos de atribuirles fe pública; a conservar el depósito, expedir copias, certificados o extractos.

Asimismo, en una visión más general y conexcionada con los temas y materias que nos importan, los notarios italianos tienen facultades a los efectos de suscribir y presentar recursos relativos a los asuntos de la jurisdicción voluntaria, relativos a las estipulaciones confiadas a cada una de las partes.

Por otro lado, también están facultados para recibir las declaraciones y aceptación de herencia a beneficio de inventario, según el artículo 955 (actualmente 484) del Código Civil, así como para los actos de autorización de los menores en relación al comercio, todo ello en virtud del artículo 9 del Código de Comercio italiano.

Otras facultades son las de actuar, por delegación de la Autoridad Judicial, en determinados actos, como por ejemplo en la imposición de los sellos en los casos previstos por las Leyes Civiles y Mercantiles; a realizar los inventarios en materia civil y mercantil en los términos del artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, salvo que el juez de Paz, a instancia y por interés de las partes, no considere oportuno delegar esta facultad; asimismo en las reparticiones judiciales y en todas las operaciones necesarias en las mismas.

Por último, expedir certificados de vida a los jubilados y a otros signatarios del Estado, en virtud del artículo 402 del Reglamento sobre Compatibilidades del Estado número 3074, de 4 de mayo de 1885 (ahora el art. 374 del Decreto Real núm. 827, de 23 de mayo de 1924).

Los notarios ejercen, por otra parte, todo otro conjunto de atribuciones que les son atribuidas por las leyes. En este sentido, en lo relativo a las declaraciones de herederos abintestato, el notario italiano está facultado para recibir el acto notorio o las declaraciones sustitutivas del acta de notoriedad.

En materia de separación o divorcio amigable, no hay en este momento competencia notarial, es el juez el único competente.

En materia de reparticiones de bienes, éstas pueden realizarse por el notario si el juez instructor así lo delega, en virtud de los artículos 786 a 790 del Código de Procedimiento Civil.

Otras actuaciones en determinados procedimientos son las relativas a los supuestos en que el juez participa en la venta en subasta pública; en determinados supuestos, después de haber escuchado a las partes interesadas, puede delegar en un notario las operaciones de venta según las modalidades previstas por la Ley (véase el art. 591-bis del Código de Procedimiento Civil).

En este sentido, el notario que actúa por delegación del juez, entre otras cuestiones, se ocupa en la determinación del valor del inmueble, teniendo en cuenta los certificados y tasaciones redactadas por el experto nombrado por el juez, así como por los informes o notas que eventualmente aportan las partes (véase art. 568 del Código de Procedimiento Civil); asimismo, se ocupa de las deliberaciones en relación a la oferta u ofertas recibidas; las operaciones en el procedimiento de venta en subastas públicas y de la asignación del inmueble; autorizar o autenticar las corres-

pondientes declaraciones que surjan en el proceso; verificar las ofertas y el pago del precio, así como la ejecución en relación a la inscripción, a través de la transcripción del Decreto de Transferencia y de la comunicación a las Administraciones Públicas; asimismo, la formación o elaboración de un proyecto de distribución y su remisión al juez que ejecuta; la posibilidad de solicitar al banco la restitución de las fianzas dirigidas a los solicitantes o licitadores que no han conseguido obtener la mejor oferta; así como la redacción de las minutas de operaciones de venta.

Por otro lado, el notario está autorizado a actuar en la jurisdicción voluntaria a petición de las partes. Ello significa, por ejemplo, que, en el caso de un incapaz (un menor, un interdicto, un emancipado o inhabilitado, o una persona sujeta a una administración de control), se constituye como parte o interviene en una escritura pública, las autorizaciones judiciales correspondientes podrán ser objeto de un recurso presentado por el notario, que además tendrá la facultad de recurrir.

Asimismo, el notario, en materia de jurisdicción voluntaria, tiene la posibilidad de solicitar al Juzgado, en el sentido de pedir las autorizaciones necesarias para poder autorizar los actos de disposición en los que los tutores podrán expresar su voluntad o en los que los curadores, en el caso de inhabilitados o emancipados, hayan dado su consentimiento.

Como podemos observar, la actuación del notario italiano tiene bastantes puntos de conexión con actuaciones típicas de jurisdicción voluntaria, y más aún, actuaciones por delegación del propio juzgado, que considera conveniente el servirse de la actuación de la función pública notarial.

Austria

A los efectos de analizar otro Notariado de corte Latino-Germánico podemos acudir al Notariado austríaco.

El notario austríaco se inscribe en la tradición jurídica de la Europa Continental, es decir, participa de las características del Notariado de tipo Latino como delegatario de una Autoridad Pública, siendo oficiales públicos nombrados por el Estado.

En cuanto al ámbito de actuación de intervención del notario austríaco, parte desde el consejo jurídico a la indagación de la voluntad de las partes, así como la autenticación de los documentos, conforme al artículo 5 de la Ley Notarial Austríaca.

El notario está igualmente habilitado para representar a las partes en cuestiones relativas a la jurisdicción no contenciosa ante los Tribunales o en instancias administrativas. Si no hay al menos dos gabinetes de aboga-

dos en el espacio de la oficina notarial, el notario está habilitado para representar a un cliente ante los Tribunales de Instancia en los asuntos civiles, incluso en el caso donde la Ley prevé obligatoriamente que el ciudadano deba ser representado por un abogado.

El párrafo 4.º del artículo 5 de la Ley Notarial se refiere a la actividad del notario en su cualidad de mediador, entendiéndose por mediación la solución voluntaria de los conflictos con el concurso de un tercero que no está facultado para tomar decisiones, que es imparcial y que no privilegia ninguna parte. La fórmula notarial de la mediación se distingue de las actividades ejercidas por un mediador profesional en la obligación que se impone a los notarios para informar y aconsejar al cliente. El mediador profesional se limita a asumir un papel auxiliar en el contexto de una solución que las partes elaboran por ellos mismos. Si el notario se encuentra inscrito en una lista de mediadores determinada por la Asociación Federal Austríaca de Mediadores, estará autorizado a realizar el papel de mediador.

Asimismo, y como cuestión interesante y espacialísima, el notario austríaco ejerce muy similarmente la función de un juez en su calidad de comisario judicial, y como consecuencia de un delegado del Tribunal, especialmente en los asuntos de sucesiones (párr. 1.1 del art. 1 de la Ley que regula la actividad de los comisarios judiciales), en gran medida él realiza, ordena y practica el procedimiento de manera casi autónoma.

El Tribunal realizará y tomará las decisiones judiciales que se impongan. El notario realiza igualmente en su calidad de comisario judicial en el caso de la consulta del Libro-Registro y del Registro de Comercio y de Sociedades (arts. 2.º y 2B de la Ley Reguladora de la Actividad de los Comisarios Judiciales, art. 6 de la Ley Reguladora del Libro del Registro de la Propiedad y el art. 35 de la Ley Reguladora del Registro Mercantil y de Sociedades).

El artículo 70 de la Ley Notarial hace referencia a la actuación del notario a los efectos de recoger las últimas voluntades, con la misma fuerza de las últimas voluntades judiciales, así como la autenticación de hechos y de declaraciones, existencia de personas, etc.

La actividad del notario, en su calidad de administrador de bienes, contemplada en el artículo 109A de la Ley Notarial, reviste una gran importancia. El notario debe estar en disposición de asumir la fiducia con total autonomía. Por ello, a fin de garantizar el máximo de seguridad y de permitir el control respecto a la ejecución de las obligaciones relativas a las fiducias, el notario, como muy tarde, antes de disponer efectivamente por primera vez de sumas de dinero, está obligado a inscribir la fiducia en el registro de fiducias del Notariado Austríaco, controlado por el Consejo Nacional del Notariado Austríaco.

Como cuestiones curiosas, hay que indicar que el notario interviene en los procedimientos sucesorios, en los documentos relativos a la adopción y contratos de separación, en los negocios de administraciones de bienes, como defensor en asuntos penales y otras actividades de representación.

En su intervención como administrador de los bienes, el notario está encargado, en relación con los bienes patrimoniales, o los documentos relativos a una convención o acuerdo fiduciario. Con la banca fiduciaria del Notariado Austríaco, un banco propio y especial está disponible para la administración del dinero fiduciario.

Alemania

En Alemania, y dentro de la jurisdicción no contenciosa, el artículo 20-3 de la Ley Notarial indica:

1. Los notarios son también competentes para proceder a las ventas en subastas libres. No deben, en principio, proceder a una venta en subasta de bienes mobiliarios, sino en la medida en que ésta resulte de una venta de bienes inmuebles o de una liquidación de patrimonio constatada por el notario o realizada por intermediario.

2. El contrato matrimonial (BGB, 1140).

3. La declaración de consentimiento a la adopción (BGB, 1750).

4. El contrato de herencia.

5. Como mediador en las particiones sucesorias o de comunidades.

Bélgica

Su norma notarial básica es la Ley Ventoso, recientemente modificada y con entrada en vigor en 2000, y define a los notarios como magistrados de lo no contencioso o de lo no litigioso... En la propia Exposición de Motivos de la Ley los definía... “como estos oficiales públicos que ejercen una especie de jurisdicción voluntaria, una magistratura... un ministerio de confianza”.

Entre sus competencias en el ámbito de la jurisdicción no contenciosa, cabe destacar:

Derecho de personas:

Son competentes para adoptar.

Divorcio cuando hay adjudicación de bienes.

Derecho judicial:

Inventario.

Partición judicial derivada de una sucesión o de una liquidación de régimen matrimonial.

Embargo y ejecución forzosa judicial.

Ventas públicas de inmuebles.

Colombia

Las funciones son amplias en esta materia de la que tratamos. Entre otras:

a) Competencias para realizar correcciones del Registro Civil. Se autoriza a tramitar el cambio de nombre.

b) La separación de cuerpos ante notario en el matrimonio civil también podrá realizarse, siempre que se haga en escritura pública, debiendo estar de acuerdo completamente en todos los puntos indicados en la Ley, estar en su completo uso de facultades y ser mayores de edad quienes lo solicitan.

3. Se les permite recibir declaraciones con fines extraprocesales, lo que nosotros llamamos informaciones *ad perpetuam memoriam*.

4. Los notarios también pueden celebrar el matrimonio civil, con una serie de solemnidades y requisitos que indica la Ley.

Puerto Rico

La Ley 282, sobre Asuntos no contenciosos ante notario, de 21 de agosto de 1999, que en su Exposición de Motivos determina la finalidad de la misma, indicando que por una parte presta un servicio al ciudadano y, por otra, alivia de asuntos a los tribunales. Hay que resaltar que en su artículo 3.º establece que la competencia de estos asuntos en sede notarial será concurrente con la ejercida por los tribunales, según el peticionario estime conveniente.

Québec (Canadá)

La legislación de procedimiento civil regula en el libro sexto lo que denomina leyes no contenciosas, distinguiendo las que se terminan ante

el Tribunal y el notario. Y entre éstas se refieren a los requerimientos relativos a las tutelas nombradas, o constituye al tutor del menor, hay un procedimiento para la apertura o revisión de un régimen de protección de los mayores de edad. Se regula el poder en previsión de ineptitud, la alteración del testamento y una serie de actos que antes eran competencias exclusivas de los jueces (4).

Francia (5)

El Notariado francés se regula en su aspecto esencial por la **Ley Ventoso de 1803**, con numerosas modificaciones posteriores. En principio, el notario francés, en su ámbito funcional, comprende todos los actos y contratos y todas las relaciones jurídicas entre particulares que no tengan carácter contencioso, y es el único competente, no existiendo ninguna otra clase de “officier público”.

Para analizar la participación del notario francés en estas cuestiones, me parece interesante hacer un estudio general de la participación del notario francés en general en el orden judicial.

Un apartado esencial de la actuación del notario francés lo es como auxiliar de justicia, actividad que es tradicional en el caso en que es comisionado por la autoridad judicial, siendo necesario definir con precisión su misión en estos casos.

En este campo del notario como auxiliar de la Justicia hay que indicar que el notario a menudo es encargado en su cualidad de oficial ministerial como un auxiliar de justicia para realizar judicialmente determinadas actuaciones, que realiza habitualmente en otros campos, como las operaciones anteriores a la distribución o disolución, así como la liquidación de comunidades y sucesiones.

En cuanto a las operaciones previas al reparto, su misión puede consistir en la de un experto, o bien otras operaciones previas, como la venta de muebles o la licitación de inmuebles.

En su misión desde el punto de vista de experto, se le puede encargar para realizar actuaciones en relación a los inmuebles, como las relativas a la estimación de estos inmuebles hecha por uno o tres expertos elegidos por las partes o nombrados de oficio. Por ello, es necesario tener en

(4) Las referencias a Alemania, Bélgica, Colombia y Québec, sacadas de PLANELLS DEL POZO, María Cristina: ob. cit., pp. 123 a 126.

(5) Extraído de “Le Notaire dans l'ordre judiciaire”. Rapport de la Session 2003. Liaison. 54 session de L'Assemblée de liaison, du lundi 1 au mercredi 3 décembre 2003. Conseil Supérieur du notariat français et la Caisse des dépôts et consignations, 2003.

cuenta que este experto es facultativo para el juez, y debe realizar un estudio que se le ha solicitado en relación a las bases de la estimación del bien, si éste puede ser repartido, de qué manera y fijar en caso de división cada una de las partes y su valor. En este caso, cuando el experto es notario, su cualidad de oficial público prevalece sobre la de experto judicial, razón por la cual, cuando es designado en su doble calidad, deberá distinguir perfectamente sus dos misiones.

En este campo hay que distinguir al notario que ha sido comisionado. Como oficial público y ministerial, jurista especializado, el notario puede ser comisionado por el juez para proceder a la liquidación y a la partición de una indivisión, de una comunidad o de una sucesión.

Al finalizar su misión, el notario comisionado establecerá un proceso verbal de lectura del estado liquidativo, que podrá ser aprobado por las partes o bien contestado sometido a la homologación del juez, o bien a un proceso verbal que determinará que las partes vayan ante la jurisdicción competente.

En cuanto al notario como experto judicial, el notario se encuentra bajo el control permanente del juez. Su misión es la de preparar y redactar un informe, sobre el cual el juez podrá seguir en todo o en parte, o bien rechazar. El notario podrá ser a la vez notario comisionado y notario experto jurídico si la decisión judicial que le nombra acumula estas dos misiones. No obstante, pensamos que una situación como ésta no es muy conveniente, por el riesgo de enfrentar al notario a problemas deontológicos y de carácter ético.

No vamos a desarrollar todo el procedimiento ni actuaciones que realiza tanto como experto como comisionado por el juzgado. Como experto, por ejemplo, en la jurisdicción no contenciosa es nombrado por el Tribunal de Primera Instancia, por el juez de tutelas o de asuntos familiares en materia de expropiación fiscal, etc.

En concreto, el caso de designación de un notario en calidad de experto suele ser nombrado por el juez para determinar el valor venal de bienes inmuebles, en el proceso de una liquidación de comunidad o de sucesiones de reparto de sociedades o de indivisión legal o convencional. También puede ser designado para determinar ese valor en los supuestos de acción por rescisión, por lesión, indemnización debida a un asociado que sale de una sociedad civil, y otros muchos.

También en las operaciones previas a la distribución y a la proporción de bienes. Se trata esencialmente de venta de muebles y de licitación de inmuebles.

En lo que concierne a las ventas judiciales, la Ley ha reconducido la habilitación de los notarios, tal como fue fijada en la ordenanza de 26 de junio de 1816. Es decir, los notarios son competentes en el límite de su

capacidad de instrumentación y únicamente en las ciudades o en los pueblos que no tienen comisario judicial.

Lo que concierne a las ventas voluntarias en el propio Código del Comercio se precisa que los notarios pueden organizar y realizar a título accesorio ventas voluntarias de muebles en subasta pública y en el cuadro de su oficio, según las reglas que le son aplicables, a condición de que hayan sido encargados de ellos por el propietario de los bienes.

En estos casos, el notario puede proceder a tales ventas, pero respetando la reglamentación que le es aplicable en su calidad de oficiales ministeriales. Hay que hacer notar que la limitación antes indicada de ausencia de comisario judicial está vigente en materia de venta judicial, pero no de materia de venta voluntaria. Una reciente sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Bar-le-duck, de 17 de diciembre de 2002, confirma esta interpretación.

En la adjudicación de derechos sociales, la Ley de 9 de junio de 1991, que regula los procedimientos civiles de ejecución, ha indicado que los notarios tienen el monopolio de las ventas en pública subasta de los derechos sociales que son bienes muebles incorporables en la medida en que éstos no coticen en Bolsa, ya que en otro caso la venta sería hecha por sociedades de Bolsa.

En cuanto a la licitación de inmuebles, los inmuebles hereditarios no deben en principio ser vendidos, sino repartidos *in natura*. Por ello, si estos inmuebles no pueden ser partidos o atribuidos, debe procederse a la venta por licitación ante el tribunal y la licitación puede ser, pues, amigable o judicial.

En cuanto a las liquidaciones de comunidades y sucesiones, el notario puede ser comisionado en el proceso de partición judicial de comunidades o de sucesiones. Se trata, por otra parte, de las actuaciones más frecuentes.

En las particiones judiciales hay ese acuerdo entre los comuneros, y en este caso es importante que los notarios comisionados tengan en cuenta las reglas del procedimiento que distinguen la partición judicial y la amigable.

Existe todo un procedimiento en relación al supuesto en que el juez ordene la partición, como el relativo a las reglas de designación del notario, su misión, etc.

En cuanto a las misiones del notario comisionado, en este caso, el notario actúa aquí, no en su papel ordinario de constatar en un acto donde asegura la autenticidad de la voluntad de las partes, sino en su calidad de delegado judicial. Podríamos decir que está investido de una magistratura y sus poderes participan de los que el juez le ha comisionado. El notario trabaja solo, y la presencia o el consentimiento de las partes no son

necesarios. Este proceso tiene una serie de fases, como la de apertura de las operaciones, el establecimiento de un estado liquidativo por el notario, una lectura de este estado liquidativo y una homologación que trataremos a continuación.

Cuando el estado liquidativo está concluido debe someterse a la aprobación de las partes y, en defecto de aprobación, a la homologación del Tribunal. Si todas las partes están de acuerdo para aprobar el estado liquidativo, la homologación puede ser pedida incluso por los tutores de los menores e incapaces.

Hay que hacer constar que, aunque en el proceso verbal existan dificultades en caso de contestación entre los copartícipes, el notario comisionado debe desarrollar un proceso verbal de dificultades, en el cual va a consignar las mismas, y en este supuesto será remitido al *greffe* del tribunal y reenvía las partes al juez comisario, quien las reenviará ante el tribunal, a menos que exista un acuerdo.

En todo este proceso hay que hacer constar que el notario sólo debe establecer este proceso verbal de dificultades en caso de contestaciones graves y serias; no debe parar su actuación y su trabajo por protestas sin fundamentos serios que manen de un proindivisario.

En Alsace-Moselle, la partición judicial de las sucesiones en indivisiones poscomunales es un procedimiento de la jurisdicción no contenciosa del Tribunal de Instancia. El ministerio del abogado no es necesario, y el papel del notario es esencial en esta partición judicial, tanto es así que en esta parte del territorio francés el papel del notario en el procedimiento de partición judicial está mucho más desarrollado; como misión general de conciliación, y en su calidad de delegado del tribunal, sus poderes son particularmente amplios y su misión está más cerca de la de un juez que la de un oficial público, permitiéndole dirigir el procedimiento de partición judicial.

Otra actuación del notario francés es la determinada en el artículo 116 del NCPC, en virtud del cual el juez de asuntos familiares puede incluso de oficio encargar a un notario para establecer un proyecto de reglamento de prestaciones y pensiones después del divorcio y darle la misión de establecer un proyecto de liquidación del régimen matrimonial. El notario, en su cualidad de experto, tiene su misión definida por la decisión del juez que le nombra y que fija los plazos en los cuales debe actuar.

El 95 Congreso de notarios de Francia, celebrado en Marsella en 1999, ha determinado la utilidad evidente del artículo 1116 para el Reglamento de los intereses patrimoniales de los esposos.

Existen otras muchas actividades e intervenciones del notario, en relación a los procedimientos, para fijar el orden en relación al reparto de un precio de venta de un inmueble entre acreedores privilegiados e hipotecados.

Por último, al lado de las funciones que el notario puede llevar como auxiliar de Justicia, también puede ser un actor de la Justicia, en un cierto número de procedimientos, sobre todo en relación del notario con el juez de las tutelas, con el Tribunal de Instancia y con el Tribunal de Gran Instancia.

La intervención del notario en relación al juez de tutelas se sitúa en la preparación y presentación de las primeras encuestas, y los notarios están normalmente dispuestos a colaborar con los jueces de tutelas en relación con el papel relativo a la gestión del patrimonio del menor o del mayor protegido, con ocasión de las sucesiones, así como las ventas o compras que el representante legal debe realizar. A modo de ejemplo, el notario redacta el requerimiento que será presentado al juez de tutelas por el representante legal del menor, entre otras actuaciones.

En relación con el Tribunal de Instancia, los notarios son llamados a contactar regularmente con los Tribunales citados. La Ley número 94-944, de 15 de noviembre del 1999, ha introducido en el Código Civil el pacto civil de solidaridad, contrato concluido entre dos personas mayores de sexo diferente o del mismo sexo para tener una vida en común.

En cuanto al notario francés y al Tribunal de Gran Instancia, los notarios franceses están abocados a tener numerosas relaciones con los mismos con ocasión de obtener la homologación judicial de los actos que han autorizado, en concreto las particiones en que las partes son incapaces, los relativos a actos al cambio de régimen matrimonial, etc.

Como ejemplo, únicamente indicar que cuando el notario recibe o autoriza una partición en la que es parte un incapaz, es decir, un menor no emancipado o un mayor bajo tutela, la ley establece el principio de la partición judicial. Pero la misma ley permite la amigable, incluso la parcial, bajo la doble condición del acuerdo previo del Consejo de familia y de un control judicial *a posteriori*. Cuando es amigable, el Consejo de familia designará un notario para proceder al mismo y este estado liquidativo será sometido a la homologación del Tribunal. Procedimientos parecidos para la homologación del régimen matrimonial.

Los notarios franceses han solicitado en diversas ocasiones la supresión de determinadas homologaciones, por ejemplo, en el cambio de régimen matrimonial.

Por último, el notario está a menudo llamado a intervenir en los procesos de divorcio, interviniendo después de su pronunciamiento para proceder a liquidación del régimen matrimonial cuando ha sido comisionado por el Tribunal.

Ha existido un proyecto relativo a la reforma del divorcio, indicando que en los divorcios de carácter amigable sea el notario el que intervenga. En este momento no se ha seguido adelante con el mismo.

IV. Conclusión

De todo lo indicado anteriormente y especialmente en el ámbito internacional objeto de este trabajo, se ve una apertura y acercamiento a la adjudicación de nuevas atribuciones al notario, justificada para descongestionar los juzgados, delegando facultades que no son propiamente judiciales, sino incluidas en la jurisdicción voluntaria o no contenciosa, aunque para ello, y por lo que se refiere a España, es preciso un paso previo, es decir, desjudicializar, es decir, quitar de todo *imperium* judicial a las mismas, y ello claramente con apoyo en el artículo 117.4 de la CE.

EL DERECHO QUE LA FAMILIA NECESITA

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. LA FAMILIA Y SU DERECHO.

I. LA PERSONA, ¿CENTRO DE GRAVEDAD DEL DERECHO CIVIL? **II.** HACIA LA DESHUMANIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL. **1.** Hablemos de *Pulgarcito*. **2.** La pseudo-deificación del hombre. Burla. Engaño. **3.** El alborear de la vida y su crepúsculo. **3.1.** *La protección del concebido y la viuda encinta, aunque sea rica.* **3.2.** *El artículo 29 del Código Civil.* **3.3.** *Revocación de donaciones.* **3.4.** *Los padres indignos de suceder.* **3.5.** *La situación de pendencia y la conditio iuris.* **3.6.** *Aplicación de la ratio normativa a la esfera personal del concebido.* **3.7.** *La vida crepuscular, ¿hacia la eutanasia?* **EL SER HUMANO MIEMBRO DE UNA FAMILIA.** INTRODUCCIÓN. INTERPRETANDO LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. **I.** SEMBRADO EL CAMPO DE MINAS, ¿PUEDE SORPRENDER QUE HAYA EXPLOSIONES? **II.** INVERTIR EN LA FAMILIA. REEQUILIBREMOS EL DERECHO DE FAMILIA. **I.** NO TODO ESTÁ DICHO YA: RECTIFICAR ES DE SABIOS CUANDO ES NECESARIO HACERLO. **II.** ¿CAMBIAR QUÉ, CÓMO Y PARA QUÉ? **III.** LA RESPONSABILIDAD DEL JURISTA EN EL MUNDO.

Introducción

Cuando he puesto título al presente estudio he recordado las palabras que escribió Luis Díez-PICAZO en el prólogo a *Familia y cambio social*, de Encarna ROCA Y TRÍAS (Civitas, 1999). El prologuista, tras afirmar su participación activa en la preparación de... las reformas del Derecho de familia de 1981, manifiesta su sorpresa por la pronta aparición de nuevos problemas... (p. 13); y es que con las reformas de 1981 podía pensarse –dice– que disponíamos de un Derecho de familia acorde con los tiempos y que con él se podía continuar viviendo tranquilamente durante al menos medio siglo, pero “toda una serie de problemas explotaron inmediatamente entre las manos” (p. 14), para destacar a continuación: el de la transexualidad, el del tratamiento de la filiación surgida por la aplicación de técnicas de reproducción asistida y el de las llamadas uniones de hecho (por lo pronto, añadido yo, la regulación en 1981-83 de la incapacidad judicial, no es para tributar homenajes, como tampoco los merecen los que han redactado el actual art. 1732 del Código Civil: mandato preventivo de protección).

HABLEMOS DE LA FAMILIA Y SU DERECHO ACTUAL

I. La persona, ¿centro de gravedad del Derecho Civil?

Me permito tomar las palabras anteriores del epígrafe de un estudio de Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE: *El Derecho Civil a finales del siglo XX* (Tecnos, 1991). El anclaje cada vez más fuerte –dice– del Derecho Civil en la persona (p. 110), traducción de un proceso de privatización inexorable, ha discurrido paralelamente a la ampliación del concepto jurídico de persona hasta que ha llegado a ser equivalente en principio a ser humano. Es, concluye, lo que cabría denominar proceso de *humanización* del Derecho Civil, aunque existen factores de deshumanización, tales como la despenalización del aborto y las consecuencias jurídicas de las técnicas de reproducción asistida.

II. Hacia la deshumanización del Derecho Civil

1. Hablemos de *Pulgarcito*.

Pulgarcito, así lo denomina J. LEJEUNE (catedrático de Genética de París, en la conferencia que pronunció en Madrid en 1979), es ya un minúsculo ser humano: a los cinco o seis días mide un milímetro y medio. Mediante un mensaje químico obliga al ovario de su madre a conservar el cuerpo amarillo que acaba de tomar el óvulo una semana antes y además detiene la regla de la madre para evitar su eliminación. Y al mes, con menos de cinco milímetros de dimensión, su corazón ya está funcionando desde hace una semana y todos sus órganos ya están esbozados: su cabeza, su tronco, los brazos, las piernas.

Pulgarcito no es una invención; existe y es una etapa de desarrollo del ser humano. A los dos meses el cerebro ya funciona y con mes y medio –cuando mide sólo dos centímetros– se le podría hacer un encefalograma. De hecho, si se le tocara el labio superior con un pequeñísimo cabello, es capaz de girar la cabeza y todo el tronco en un movimiento de huida.

Y a los tres meses... Y a la edad de cuatro meses... (pp. 18 y 19. Separata).

El grito silencioso muestra cómo se despedaza en el útero un feto de doce semanas. Este videograma, debido a B. NATHANSON (que fue llamado “el rey del aborto”), fue proyectado por primera vez en enero de 1985. La reacción –dice en *La mano de Dios*, p. 174– fue instantánea en su contra, porque representaba una enorme amenaza para las fuerzas abortistas y porque supuso una escalada en la guerra (no es un debate porque no discutimos entre nosotros). Por primera vez –p. 175– nosotros teníamos la tecnología, los abortistas nada.

Por último, cabe señalar que en 1983 fuimos unos cuantos, que deseábamos llegar a *la verdad* acerca del ser humano de vida intrauterina, los que escribimos *En defensa de la vida*. Filósofos, médicos, juristas... El primer estudio lleva la firma del filósofo –amante de la sabiduría– Julián MARÍAS. En él las últimas palabras dicen: “Lo más grave que ha acontecido en el siglo XX es la aceptación social del aborto”.

Las anteriores reflexiones responden a lo que ha poco escribí a don Manuel ATIENZA, catedrático de Filosofía del Derecho de Alicante. Carta a él dirigida en la que los puntos que abordo tratan de argumentar frente a las palabras que el citado profesor ha escrito (en *El notario del siglo XXI*, I, 2009) y que dicen así: “Decir que el concebido es un ser humano *porque puede llegar a serlo* es lo mismo que... afirmar que una bellota es una encina o que todos nosotros estamos ya muertos”.

Mi escrito lo ha contestado su destinatario argumentando a su vez: la base de nuestro desacuerdo está en que: “Ud. tiene creencias religiosas y yo no”. Mi respuesta ha sido inmediata: esa no es la razón; hay que llegar a *la verdad*, al fondo, con objetividad, sin frenos.

2. Una nueva forma de ateísmo que adora al hombre como si fuera Dios. Apariencia y realidad.

Juan Manuel DE PRADA (en *Suplemento ABC* de 19-marzo-2009) proporciona la frase epigrafiada y va dirigida al que consigue sobrevivir (del aborto y de la eutanasia). Transcribo: “Es el ser humano el que merece *adoración*, es el vértice claro del mundo tal como se nos ha mostrado...” (entrevista al presidente del Gobierno de España; cita en el artículo reseñado *supra*). Se entiende así lo que ha poco afirmaba el actual presidente de los EEUU al autorizar la experimentación con células embrionarias, pero sin aludir a los embriones que se destruyen con las manipulaciones genéticas. ¿Qué diría hoy Jacques TESTART?, ya dijo bastante. Lo que dice hoy José Luis AMAT (en *ABC*, 8-IV-09): para concebir al “bebé medicamento” hay que fecundar varios óvulos de la madre con espermatozoides del padre. Efectuada la selección de cigotos, el resto se destruyen como si fueran un montón de células inútiles. ¿Y qué le espera al “bebé medicamento”? ¿qué diríamos si se nos requiriese una y otra vez para ingresar en el quirófano a fin de extraernos partes de nuestro cuerpo para ayudar a un hermano enfermo?

La deificación del hombre –sigue diciendo DE PRADA– se logra a costa de su *deshumanización*; la experimentación con las células embrionarias o el aborto a mansalva se nos venden como...

Mesianismo secularizado o adoración del hombre precisamente ahora cuando la tributación crece, con la sombra de una crisis económica que se extiende como plaga de langosta. En el fondo una mal entendida libertad, egoísmo exacerbado que impide compartir intereses y si de la familia se trata, actuar de modo que su interés prevalezca *siempre*.

3. El alborear de la vida humana. El atardecer crepuscular.

El respeto a la persona y su naturaleza, frágil e indigente, la sublime dignidad de aquella reclaman la actuación del Código Civil, ha dicho CUADRADO IGLESIAS. Efectivamente el Código está atento a la protección del ser humano desde la concepción en el seno materno y a él hay que acudir para hacer efectivo todo supuesto de protección.

- 3.1. Tomando precauciones cuando la mujer crea haber quedado encinta –el art. 959 se refiere a la viuda respecto al nacimiento del hijo póstumo–. Las medidas (que adoptará el juez sin atacar al pudor ni a la libertad de aquélla; art. 960) obligan a la suspensión de la partición de la herencia (art. 966) y a que deba la preñada (de *preñez* habla el 963) ser alimentada de los bienes hereditarios y ello aunque sea rica, artículo 964. Única vez que a la abundancia o no de patrimonio se refiere la Ley civil y para que sin excusa sea debidamente atendida, le es indiferente la riqueza de la gestante.
- 3.2. Teniendo al concebido por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30 (así lo establece el 29); lo que por ejemplo se interpreta a favor del concebido respecto a los llamamientos sucesorios; no digamos en cuanto a las donaciones (art. 627).
- 3.3. Estableciendo, en lo que le sea favorable, causas de revocación de las donaciones caso de sobrevenencia a si el donatario comete delito contra... los bienes del donante (art. 648.1.º).
- 3.4. Privando de la legitimación sucesoria a los padres indignos: los que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos (art. 756.1.º).
- 3.5. Y así..., regulando la situación de pendencia que modela un tapiz protector de la persona en el campo normativo que al Derecho Civil le es propio, con la exigencia del citado artículo 30 a fin de que la *conditio iuris* se cumpla.
- 3.6. Y es que –como ha afirmado Rodrigo BERCOVITZ– la dicción literal del artículo 29, más allá de la sola esfera patrimonial, permite aplicar la protección a la esfera *personal* del concebido, en especial a los aspectos relacionados con los derechos de la personalidad. La doctrina más avanzada considera hoy, en esta línea, la necesidad de configurar, por ejemplo, al protector del concebido (cfr. Derecho de Navarra), en cuanto se prevea peligro para el que *está viniendo*.
- 3.7. ¿Y el anciano decrepito y el enfermo incurable?

La eutanasia, en sus variedades varias, ronda cual espectro: SERRANO RUIZ-CALDERÓN acaba de afirmar que expresiones como “calidad de vida; vida que merece ser vivida”..., constituyen criterios arbitrarios que la opinión pública asimila para llegar a arrogarse el poder decidir sobre la vida ajena. Teoría de la pendiente resbaladiza que pende sobre la vida crepuscular (Valentín FUSTER, eminente cardiólogo, considera poco deseable el gasto médico para prolongar la vida de pobre calidad; tendrá que emplearse

para erradicar la pobreza en el tercer mundo...). Ante tal afirmación –en su conocida obra para la salud humana– recomienda comer la mitad de lo que en los platos se nos pone. Pregunto, ¿no sería coherente pedir y pagar sólo lo que se quiere comer? Con la otra mitad...

La actuación equilibrada, protectora, serena y depurada por los siglos del Código Civil, del Derecho Civil todo, es y será siempre el apoyo del jurista para hacer efectivo el respeto al ser humano, su integridad y los derechos que le corresponden como tal.

EL SER HUMANO MIEMBRO DE UNA FAMILIA

Introducción. Interpretando la Constitución española

“La familia se agrupa necesariamente en torno a la filiación; lo pone decisivamente en claro el artículo 39 de la Constitución” (L. Díez-PICAZO en el prólogo citado *supra*; p. 23).

No voy a reiterar, repetir y reproducir ahora los argumentos que desdicen lo que, a mi juicio, constituye una petición de principio. Lo que acaece es que de premisas falsas se extraen consecuencias queridas previamente: se trata de desvincular la familia del matrimonio, de privatizar al máximo la unión conyugal, de plantear modelos familiares diferentes al basado en el matrimonio, y de apuntillar la institución matrimonial, pues el matrimonio civil es idéntico al religioso y –faltaría más– tan disoluble uno como otro. El detergente ha de ser cada vez más económico y rápido, el divorcio *exprés* ha de aplicarse a la disolución matrimonial y de paso el adverbio *siempre* ha de desaparecer de la necesaria actuación de los cónyuges en interés de la familia *ex* artículo 67 del Código Civil; como quien no quiere la cosa, pero... se suprime.

I. Sembrado el campo de minas, ¿puede sorprender que haya explosiones?

Puesto en movimiento, el móvil ya no cesa: unos y unas se quieren casar, mezclados-mezcladas; quieren adoptar; todos los hijos iguales ante la ley y desde luego el matrimonio para todo el que lo desee y mientras unilateralmente le apetezca.

1. El matrimonio homosexual.

Siendo justo con el matrimonio, señala Hadley ARKES (Texas, 2005) reconozcamos que un sector de los defensores del matrimonio homosexual lo defiende con sinceridad, pero no tienen más remedio que reconocer que a la ley no le puede ser indiferente las tendencias sexuales (en último término el comportamiento del pederasta no es de recibo y en la adopción la realidad de ese peligro es innegable); y que otro sector defiende las reformas matrimoniales con el objetivo –que no niegan– de destruir el matrimonio: si todo puede serlo, al final nada lo será (un nuevo genio a lo GRAMSCI parece estar detrás).

2. Las “Familias emergentes” según Juan Manuel DE PRADA.

El Estado acaba de financiar un libro en el que se diseñan hasta treinta nuevas estructuras de familias emergentes (dice el escritor citado en ABC, julio 2007). A pesar de que incluye hasta combinaciones entre humanos y animales para ilustrar al personal, se ha quedado –dice– corto: se echan en falta otros tipos de familia alternativa, como por ejemplo *el tío* que vive con su aparato de radio, o con su karaoke, o su teléfono erótico o enchufado al ordenador. Téngase en cuenta –concluye– para la segunda edición; mientras, cientos de miles de “familias tradicionales” no llegan a fin de mes.

3. Hay que reconducir la verdad del matrimonio para plasmarla en el Código Civil.

Y si de homosexuales –y su matrimonio legal– hablamos, cabe decir algo de la posibilidad de adoptar por ellos. Diez puntos son los que siguen:

- La ley decide siempre “en beneficio de los hijos menores” (art. 159 del Código Civil); el juez dictará lo que oportuno considere “a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicio” (art. 158.3.º); el juez “en interés del hijo” podrá... (art. 1456, último párrafo); “en beneficio o interés del hijo”... (art. 170). En la adopción se tendrá en cuenta por el juez *siempre* el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad (art. 176.1).
- El fondo sustantivo del principio expuesto reside en que con la adopción debe intentarse construir el núcleo familiar donde un niño debió nacer: un núcleo familiar con dos padres o dos madres, o con un padre o madre de sexo distinto al correspondiente a la función

a desempeñar es, desde un punto de vista pedagógico y pediátrico, perjudicial para el armónico desarrollo de la personalidad y adaptación social del menor (Asociación Española de Pediatría).

- Los menores así adoptados presentan tendencia homoerótica con mayor frecuencia que en las parejas heterosexuales. Se comprende por lo dicho que países fuente de adopción la prohíben por gays o lesbianas o que impongan restricciones tan fuertes que la hacen prácticamente inviable.
- Sin negar la erosión de la conyugalidad legal en Occidente, la protección *óptima* de un menor se quiere garantizar con una familia estable: el riesgo de divorcio en las uniones homosexuales es un 50 por 100 superior si de gays se trata y un 16 por 100 caso de lesbianas al de las uniones heterosexuales.
- Los cambios de pareja de aquéllos-aquellas son de frecuencia elevadísima (imposible detectarlos en la realidad de la vida).
- Desde que se legalizó el matrimonio de homosexuales, en los escasos enlaces (muy por debajo del 10 por 100 que se dice existe de homosexuales en la población) llama la atención que en una cuarta parte al menos uno de sus miembros es extranjero: en 2006 el Ministerio de Justicia dio instrucciones para evitar los “matrimonios de conveniencia”.
- Y no se olvide el problema de la pedofilia en toda esta temática.
- Es *formalmente* cierto que la resolución emanada del Parlamento Europeo en febrero de 1994 –tomando una decisión política antes que científica– ha incentivado que determinadas legislaciones reconozcan el derecho de los homosexuales “conjugados” a ser padres, por vía de la fecundación asistida o de la adopción (se comenzó por la supresión en 1980 de la homosexualidad dentro del cuadro de las patologías, de las enfermedades).
- Es *sustancialmente* verdad que “por la naturaleza de las cosas” la convivencia homosexual no está abierta objetivamente a la finalidad procreadora: sin perjuicio de que se la respete socialmente, no merece por ello ser reconocida institucionalmente ni ser tutelada por el Derecho (principio de protección a las uniones socialmente útiles y negación de un pretendido *derecho* a adoptar).
- *El Derecho* no es mera técnica para la satisfacción de instancias psicológicas particulares; éstas gozarán en su caso de un valor pre jurídico (desde la amistad a la convivencia afectiva), pero un Derecho que sepa ser coherente con los valores a proteger no es ni cruel ni insensible; es un Derecho que permanece fiel a la verdad de las cosas.

II. Invertir en la familia

Cuando en el año 1999 escuchaba a Gary S. BECKER en un abarrotado auditorio madrileño (Fundación Argentaria) decir que: en los EEUU se abusa del divorcio (luego han ido apareciendo supuestos federales de *blindaje* de matrimonios); la familia constituye una empresa en la que, si cada uno cumple su papel, la economía nacional da un salto (el PIB aumenta considerablemente: madres con trabajo en el hogar; inversión en el capital humano que suponen los hijos; abuelos que cuidan a nietos y reciben a la vez cuidado *intra* hogar...), resultaba aquello de un realismo total (el mismo presentador –político de centroderecha– parecía perplejo ante lo que el Nobel decía y llegó –en español– a criticar la contundencia de las afirmaciones del conferenciante; ¿no resulta chocante lo que afirmo?; ¿no parecía razonable plantear la necesidad de una auténtica política familiar?).

“Eficiencia”, “Utilidad social”, resalte de cómo en Inglaterra –por ejemplo– una madre soltera recibe más ayuda que una casada; y una pareja no casada y con un hijo, un 42 por 100 más que la casada... En fin, falta de política familiar antes que social y ésta sin exigencias mínimas de futuro y a base de *salpicaduras*.

Frivolización del matrimonio que hay que poner de manifiesto con argumentos naturales, jurídico-familiares, económicos y sociales. Así hay que proseguir mientras “las cosas no sean como deben ser” (dice respecto al matrimonio rotundamente Francisco CABRILLO: la mayoría de los niños nace de los matrimonios; los educados en el seno de una familia suelen ser mejores ciudadanos y generan por tanto menor gasto público en prevención y represión de la delincuencia que los nacidos en familias rotas o inexistentes... De ahí que puede no tener sentido –agrega– ayudar a otras uniones diferentes... y en todo caso las transferencias de rentas a los “beneficiarios” deben justificarse a los contribuyentes, que son los que pagan los costes de aquellos cuya contribución a la sociedad es muy escasa. Cabe defender por tanto en último término que para eso mejor es reducir los impuestos y que cada uno gaste su propio dinero en lo que quiera. *Expansión*, 19-IV-2004).

HAY QUE REEQUILIBRAR EL DERECHO DE FAMILIA

I. Efectivamente, de lo contrario, familia y derecho, Derecho y Familia, se volatilizan

Retomo obras de los últimos veintitantos años y leo: como advertía DE LA CÁMARA en 1980, no se debe crear desde la propia ley una familia paralela, que ni siquiera tiene muchas veces base sociológica suficiente. “Hoy valoro el matrimonio como la única relación posible de superar las dificultades de la convivencia” (E. ESTRADA ALONSO, en 1986). “En España, sin la familia, hubiera sido imposible la consolidación democrática con las tasas de paro de los años ochenta y buena parte de los noventa” (V. PÉREZ-DÍAZ; aplíquese en 2009 con “la que está cayendo”). “Hay que rechazar la falsa inspiración ajurídica y laicista que nos quiere hacer creer que la unión no matrimonial se puede igualar al matrimonio legal” (J. M. GONZÁLEZ PORRAS, en 1986). “En el artículo 39 CE se contiene una norma adicional de protección del matrimonio mientras que en ningún lugar se menciona la otra forma de unión” (J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, en 1995). “El significado institucional del matrimonio exige que su estabilidad sea defendida por el Derecho más allá de la voluntad del uno o del otro contrayente: la posibilidad legal de un fácil divorcio contribuye a la motivación para el mismo. Facilita la decisión frívola de casarse, sin la entrega *plena*. El valor ejemplar de la Ley produce en la sociedad la consecuencia de que cualquier divorcio es moral o ético, porque es legal”. (M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en 1986); con lo que rebate –como no podía ser de otro modo– la afirmación de Díez-Picazo en 1973, según la que: la ley ha de *dinamizar* el cambio social, porque una ley contribuye a crear hábitos y estructuras que favorecen el mismo. “Despenalizar el aborto no es aplaudir, es tan sólo no punir; el aborto es siempre un mal” (C. ROGEL VIDE, en 1998). Y añadido yo: y es un negocio enorme, ante las cifras que se están publicando, para las clínicas abortistas. “Es difícil hablar de *familia* cuando estamos ante una unión homosexual: no realiza las funciones y responsabilidades de aquélla” (SÁNCHEZ DE LA TORRE).

Y una idea que es atemporal: A. OSSORIO Y GALLARDO, en sus *Cartas a una muchacha sobre temas de Derecho Civil*, al defender el matrimonio civil, como institución del Estado para los no creyentes –recordando sin duda la Ley de 1870–, dice: pero “indisoluble, porque es la familia, y ésta es el verdadero fundamento de la sociedad”. Y sin que el paso del matrimonio religioso al civil pueda considerarse –como ha llegado a decir Díez-Picazo, en 1984– una *nueva sacralización*.

En fin: a barrenar el matrimonio y la familia; a confundir al falto de instrucción (“el problema de España es la falta de cultura”, sentenció RAMÓN Y CAJAL), a hacerle concebir derechos y libertades que socavan los cimientos de la sociedad. Lo diré en latín, con Cicerón: la familia es *principium urbis et quasi seminarium* –sementera– *rei publicae*; como lo decía antes en nítido castellano el citado OSSORIO.

II. Se necesita un cambio *in radice*; ¿cuál?

Urge, dice Paloma ROCA SUÁREZ-INCLÁN, recuperar en nuestra sociedad un modelo de matrimonio y de familia acorde con la dignidad de la persona humana, con lo que es propio del hombre: con su capacidad de amar, de entrega, de donación para toda la vida. Es necesario que la legislación civil contemple y reconozca en el ámbito que le es propio, que la auténtica expresión de la libertad del hombre es decidirse por un don definitivo, no en poder optar por la ruptura, postulado de las legislaciones divorcistas que falsean lo que es la auténtica libertad.

Y, desde luego, proteger la maternidad: la Ley Valenciana de Protección a la Familia establece ayudas económicas a las embarazadas sin recursos, en materia de vivienda, gasto farmacéutico, educación, adopción, acogimiento familiar, red de voluntarios y deducciones fiscales.

Así, seguro estoy, podremos vivir tranquilos, con esa tranquilidad que da vivir en la verdad.

III. La responsabilidad del jurista en el mundo

Misión y responsabilidad de los juristas es –decía en 1999– reequilibrar nuestras ideas sobre la familia: las transformaciones, los rápidos cambios y mutaciones son una realidad, pero es precisamente la familia la que desempeña –dice J. L. PINILLOS– un cometido psicológico de *estabilización* y continuidad, porque su estructura superficial es proteica, pero no así su estructura profunda y sus funciones básicas; de ahí su importancia para el mantenimiento del equilibrio social (“El Derecho de Familia en el final del siglo xx”. RGL y J. 1999). De ahí la importancia de un Derecho que sepa reaccionar ante caprichos e ilusiones individuales exentas de la altura de miras de la institución familiar (homosexuales y adopción, procreación artificial, divorcio-repudio). Un Derecho –dice F. D’AGOSTINO– que legisle a este nivel no es ni cruel ni insensible; es –como ya indiqué– un Derecho que sabe permanecer fiel a la verdad de las cosas.

A la vista del documento con propuestas para *revitalizar* el matrimonio, firmado por casi cien profesores universitarios (EEUU, 2006), pienso que las gentes, en general –como ha afirmado CORTS GRAU–, tendrán del Derecho y de la Justicia la imagen clara o turbia que los juristas les demos en la vida, como suelen tener de la medicina la que les dan los médicos, y de la religión la que les den los sacerdotes. Estructuras sociales más justas requieren hombres nuevos: juristas cristianos, puestos por la Providencia en el mundo; no nos hagamos ilusiones sobre nuestro prestigio y eficiencia de juristas si olvidáramos nuestra condición, nuestra renovadora misión de cristianos (pp. 272 y ss. *Los humanistas y el hombre*). Y es que en ninguna otra materia o institución que en las que aquí he repasado puede afirmarse sin temor a error la frase de G. JELLINEK: nuestra cultura jurídica se debate entre los creyentes y los ateos; las teorías jurídicas dependen de las actitudes previamente adoptadas en el tema de la fe: la línea discriminatoria entre unos y otros es la aceptación o el rechazo de la metafísica. Saludable sería, más, absolutamente necesario es –pienso– que, humildemente, el que profundiza en el Matrimonio y la Familia sea objetivo: más que teorizar, procure llegar al fondo, a la verdad, al *sustratum*, sin prejuicios ni ambigüedades, sin frenos ni cortapisas de entrada.

VISIÓN NOTARIAL DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (1)

RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA

Notario.

Vicepresidente de la Unión Internacional del Notariado

El Colegio Notarial de Valencia, en la época en que fe pública judicial y extrajudicial se hallaban unidas, se dirigió al Rey Carlos II solicitando el Privilegio de exención de servicios militares para los notarios; Privilegio que le fue concedido por la emperatriz María Ana de Austria el 29 de abril de 1671.

En su petición expresaba el Colegio: “La Notaría se instituyó para instruir los juicios; para que no falte la verdad en los contratos; para que permanezcan los comercios; para que no perezca el orden forense; para que se establezca la fe pública, y para que se confirme la verdad siendo Jueces Ordinarios de la jurisdicción voluntaria”.

En el año 1994 el Consejo General del Notariado presentó al Ministerio de Justicia un borrador de proyecto relativo a las competencias notariales en jurisdicción voluntaria del que nunca más se tuvo noticia. Quienes participamos en su redacción sabemos, como todos los que han estudia-

(1) Conferencia pronunciada en la sede del Consejo General del Poder Judicial el 13 de octubre de 2008 en las Jornadas sobre Jurisdicción Voluntaria organizadas conjuntamente por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General del Notariado.

do esta materia, de su dificultad, pues sobre tal “jurisdicción” voluntaria todo está discutido: denominación, concepto, ámbito, naturaleza de los actos (muchos y variados de contenido), y qué criterio debe adoptarse para la atribución de la competencia en tal materia a unos u otros funcionarios.

Estamos en momento oportuno para replantear estas cuestiones y obtener alguna luz que ayude a alumbrar a quienes deben abordar tan difícil tarea legislativa que, en estado muy avanzado en las Cortes Generales, se frustró al retirar el Gobierno el Proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.

Por razones de tiempo, y espacio, quiero referirme, tan sólo, a algunas cuestiones sobre el tema, porque sobre él no existe conformidad sobre casi nada.

Sí la hay en cuanto al origen romano de la expresión en el texto de Marciano, y a la distinción, desde entonces, entre jurisdicción contenciosa –entre litigantes– y voluntaria, en la que, como dice GUTIÉRREZ-ALVIZ, el magistrado interviene sin litigio o conflicto colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico, para cuya celebración –y hay que destacarlo pues es el verdadero origen de la atribución a los jueces de la jurisdicción voluntaria– se finge la existencia de un proceso.

También hay cierto consenso en que el concepto ofrecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aunque didáctico, es inexacto, y por ello fue duramente criticado por PRIETO CASTRO, entre otras razones, porque parece limitar los actos de jurisdicción voluntaria exclusivamente a los judiciales, cuando son numerosos los actos de igual naturaleza atribuidos a otros funcionarios, entre ellos a los notarios. Así lo entendía el fracasado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2007, como fue aprobado por el Congreso de los Diputados (en adelante, el Proyecto), que en su artículo 1.2 establecía: “Se considerarán expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en los que se solicita la intervención de un Juez, Secretario Judicial, Notario o Registrador, para la administración o tutela de cuestiones de Derecho Civil y Mercantil en las que no exista contraposición entre los interesados”; si bien olvida, a diferencia del texto inicial del Proyecto presentado por el Gobierno, que existen “otros funcionarios”, además de los enumerados, que “administran” expedientes de jurisdicción voluntaria.

Existe amplio acuerdo en la doctrina en que la posibilidad de atribución de actos de jurisdicción voluntaria a notarios, registradores, secretarios judiciales y otros funcionarios es posible si la jurisdicción voluntaria no es, propiamente, jurisdicción, lo que sostuvieron MICHELI, GÓMEZ COLOMER, RAMOS MÉNDEZ, SATTÀ, DE MARINI, CARNELUTTI y ODERIGO, entre otros, pues si lo fuera, el artículo 117.3 de la Constitución sería un

obstáculo insalvable. Yo así lo vengo defendiendo desde 1992, afirmando que la jurisdicción voluntaria no es jurisdiccional, es decir, no se encuentra comprendida en el artículo 117.3 CE, sino en el artículo 117.4. Y esta opinión, que comparto con un amplio sector doctrinal, entre otros, RODRÍGUEZ ADRADOS y BELLOCH JULBE, es también el que acogió el Proyecto, cuando en su Exposición de Motivos afirmaba: “La jurisdicción voluntaria encuentra su amparo en el artículo 117.4 de la Constitución, como función expresamente atribuida a los Juzgados y Tribunales en garantía de derechos que se ha considerado oportuno sustraer de la tutela judicial que otorga el proceso contencioso, claramente amparado en el artículo 117.3 [lo que] ha permitido atribuir competencias a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional tales como los Secretarios Judiciales, los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles”. Idéntica posición manifestó el XX Congreso Internacional de la UINL (1992): “La «Jurisdicción Voluntaria o no contenciosa» no es una verdadera y propia jurisdicción, en sentido propio y estricto, porque en ella no está presente el elemento indispensable de la contenciosidad o del conflicto, ni el efecto de la cosa juzgada”.

Si no lo es, no hay inconveniente constitucional para que la competencia en actos de jurisdicción voluntaria no sea atribuida con exclusividad a los jueces, sino que puede serlo a otros funcionarios, ya se califique a la jurisdicción voluntaria como:

a) Función administrativa, como hacen GUASP, CHIOVENDA, ADRIOLI, RAMACCIOTI, BALLBE, PRIETO CASTRO, LUGO, JANUZZI, VELASCO GALLO, BACRE, COSTA, LIEBMANN, REDENTI, PAJARDI, ZANOBINI, CALAMANDREI, especialmente ALLORIO en su famoso “Ensayo Polémico sobre la Jurisdicción Voluntaria”, y recientemente el notario español José NIETO SÁNCHEZ, y que fue acogida por el Proyecto, que hablaba de “administración de derecho privado”, y denominaba a los funcionarios competentes encargados de los expedientes “administradores”.

b) O se afirme que la jurisdicción voluntaria es un *tertium genus* entre jurisdicción y administración, como sostuvimos FAZZALARI, FONT BOIX, MEZQUITA DEL CACHO –que la incluía en el que denominaba Derecho cautelar– y yo mismo.

En cualquier caso, se ha llegado a afirmar que la jurisdicción voluntaria, ni es jurisdicción ni es siempre voluntaria, pues como destacó ALCALÁ-ZAMORA: “Con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o más que en la jurisdicción contenciosa, en la que, al menos cuando se trata de procesos civiles dispositivos, a diferencia de los inquisitorios, las partes pueden eludir el juicio,

ponerle término o sustituirlo por medios autocompositivos y hasta auto-defensivos”; en términos similares se manifestó RAMOS MÉNDEZ. Por ello ha habido intentos de sustituir dicha denominación por otras distintas, no siempre afortunadas.

Vengo estudiando la jurisdicción voluntaria desde los años noventa, y por el Consejo General del Notariado español se me encargó representar al notariado español en el XX Congreso Internacional del Notariado de Cartagena de Indias de 1992 sobre el tema: “Jurisdicción voluntaria y función notarial”, y he podido comprobar que los tratadistas del Derecho Procesal le dedican escasa atención.

Tanto en Cartagena, como en Quito, Málaga, Universidad Menéndez Pelayo de Santander, Córdoba (Argentina), Cali (Colombia) y Valencia, traté de la jurisdicción voluntaria y la función notarial, y por tanto de tan sólo uno de los posibles aspectos que debe contemplar la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, a la vista del fracaso del Proyecto de 2007, pero en esta ocasión pretendo ofrecer una visión notarial de la jurisdicción voluntaria, y no solamente de la jurisdicción voluntaria y la función notarial, por ello me voy a referir también al importante papel que están desempeñando, o pueden estar llamados a desempeñar en esta materia, jueces, secretarios judiciales, notarios y registradores de la propiedad, sin perder de vista el reto formulado por FERNÁNDEZ BUJÁN: “Es hora ya, que la jurisdicción voluntaria deje de ser un campo de experimentación del legislador”, expresión acogida por el Proyecto en la Exposición de Motivos, apartado VII. Afirma FERNÁNDEZ BUJÁN, con razón: “Estamos en un momento en el que la doctrina científica y legal, debe orientar al legislador acerca de los diversos aspectos que esta materia plantea, y de forma especial... en las cuestiones relativas a la redistribución de competencias entre la judicatura y otros profesionales del derecho”.

Estos profesionales del Derecho, a los que aludía el artículo 1.2 del Proyecto, son no solamente *Jueces, Secretarios, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles*, pues la lista de funcionarios públicos o autoridades con funciones en materias cuya naturaleza jurídica les hace ser consideradas como de “jurisdicción voluntaria” podría ampliarse –así parecía contemplarlo el art. 13.2 del Proyecto, aunque no los mencionara– con:

Los Jefes de las Misiones Diplomáticas y los Cónsules de España de carrera, que tienen a su cargo el ejercicio de la fe pública en el extranjero, conforme al Anexo III del Reglamento Notarial de 1944, y funciones de propia jurisdicción voluntaria en actos de comercio, como, a título de ejemplo, los que determina el artículo 2110 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que concluyen por medio de auto dictado por el diplomático, y del Registro Civil pudiendo autorizar matrimonios conforme al ar-

título 51 del Código Civil, o las del artículo 27 del Reglamento de la Carrera Consular, que les atribuye funciones de instrucción de expedientes en caso de adopción, nombramiento de tutores, protocolización de testamentos y memorias testamentarias, testamentos marítimos, o, en fin, más recientemente, el artículo 17 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

Los Alcaldes y por su delegación los Concejales, a quienes se reconoce competencia para autorizar el matrimonio civil (art. 51 Código Civil), los *Capitanes o Comandantes de naves o aeronaves*, que pueden autorizar los matrimonios que se celebren a bordo (art. 52.3.º Código Civil y Ley 85/1978, que aprueba las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas).

Los *Jueces togados militares*, que –conforme a la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar– son competentes en materia de jurisdicción voluntaria: “La prevención de juicio de testamentaria y abintestato de miembros de las Fuerzas Armadas que fallecieren en campaña o navegación se limitará a las diligencias necesarias para el enterramiento y exequias del difunto, formación de inventario y depósito de los bienes, libros y papeles y su entrega a los herederos instituidos o a los que lo sean abintestato dentro del cuarto grado civil, siendo mayores de edad y no habiendo quien lo contradiga. Siempre que hubiere menores, salvo que estuvieren debidamente representados, no resultare plenamente justificado el derecho hereditario o se plantee cualquier cuestión cuya resolución fuere incompatible, a juicio del instructor, con la naturaleza sumaria del procedimiento se pasarán las diligencias al Juzgado a quien corresponda el conocimiento de la testamentaria o del abintestato dejando a su disposición los bienes, libros y papeles inventariados. En ningún caso se hará por el instructor a prevención, declaración de herederos ni de otros derechos sucesorios” (art. 519). “Será competente para prevenir los juicios de testamentaria y abintestato el Juez Togado Militar en cuya demarcación se hubiera producido el fallecimiento, o aquél que acompañare a las Fuerzas a las que perteneciere el difunto, y en su caso, el Instructor contemplado por el artículo 115 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, cuando en la plaza donde hubiere acaecido el fallecimiento no existiere Juez Togado. A la misma designación de Instructor se procederá cuando el fallecido perteneciere a Unidad que se hallare en lugar aislado o lejano, o el fallecimiento tuviere lugar en buque o aeronave en navegación” (art. 520). “No constando el fallecimiento del militar, pero sí la situación de prisionero o desaparecido, se dará cumplimiento a lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 519, pero en tal caso serán remitidas las diligencias, dejando constancia de la fecha de las últimas noticias habidas del ausente, al Juez de Primera Instancia del último lugar en que haya residido durante un año dentro de

territorio español y, en su defecto, del último domicilio” (art. 521). Y además ciertos *Jefes militares* en relación con los testamentos militares ordinarios y extraordinarios, abiertos y cerrados (716 a 721 Código Civil) y los marítimos ordinarios abiertos o cerrados y extraordinarios, conforme a los artículos 722 a 731 del Código Civil, y en la entrega de bienes de personas no militares y militares fallecidas a bordo de naves o aeronaves.

Sobre la intervención de los *Secretarios judiciales* citados en el Proyecto, expresaba su Exposición de Motivos: “La mayoría de la doctrina procesalista, la Recomendación del Consejo de Europa de 1986, el Libro Blanco de la Justicia y del Consejo General del Poder Judicial de 1997, el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia –suscrito con el PP y el PSOE el 28 de mayo del año 2001–, el Acuerdo de febrero del año 2003 entre el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas, y lo previsto en los artículos 438.3 y 5 y 456.3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, redactados por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, reconocen la conveniencia de atribuir amplias competencias a los Secretarios Judiciales en sede de Jurisdicción Voluntaria”.

Una nota tiene en común la función pública respectivamente desempeñada por notarios, registradores, secretarios, funcionarios aludidos antes, y jueces en funciones de jurisdicción voluntaria: el logro de la seguridad jurídica.

Afirmaba PAU PEDRÓN que los dos grandes campos sobre los que se proyectan los dos diferentes sentidos de la expresión “seguridad jurídica”, son el Derecho objetivo y el Derecho subjetivo. La seguridad jurídica del Derecho objetivo se hace efectiva a través de la certeza en la determinación de la norma mediante su publicidad, la legalidad y la jerarquía normativas. La seguridad jurídica de los Derechos subjetivos se obtiene con la intervención de funcionarios públicos –notarios, registradores, jueces actuando en jurisdicción voluntaria–, que previo control de la legalidad de las actuaciones privadas, consignan las declaraciones de voluntad, los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas en un documento público: instrumento, inscripción, resolución.

La importancia de la seguridad jurídica se constata por el artículo 9.3 de la Constitución española de 1978, que garantiza la seguridad jurídica.

A juicio de PAU, esa “seguridad jurídica” es la seguridad jurídica objetiva, porque para encontrar el reconocimiento constitucional de la subjetiva hay que acudir a las referencias individualizadas a cada uno de los mecanismos de garantía de los derechos: documentos públicos, Registros, jurisdicción.

Pienso, por el contrario, que la seguridad jurídica a que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución es la seguridad jurídica de los derechos subjetivos, que se alcanza tanto mediante el ejercicio de la jurisdicción

propiamente dicha por los jueces y tribunales, al aplicar la norma al caso concreto, sometido en el proceso al poder jurisdiccional, “con pautas de comportamiento y decisión previsibles”, en la que se conoce como fase contenciosa, como por medio de la denominada seguridad jurídica preventiva.

La seguridad jurídica preventiva fue definida por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2001 (Consejo General del Notariado contra Administración del Estado y Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda), para diferenciarla de la seguridad técnica de la firma electrónica avanzada, diciendo que la seguridad que proporciona la certificación electrónica “no puede comprender lo que es propio de la seguridad jurídica contractual, que afecta al proceso de formación del contrato, a la prestación del consentimiento y a la producción de sus efectos. Estos aspectos dependen de las partes contractuales y la seguridad en ellos se obtiene con la intervención de las personas que tienen encomendada en nuestro Derecho la seguridad jurídica preventiva, entendida como la posibilidad de todo ciudadano de conocer la ley, su significado y alcance”. Y más adelante añade: “A través de este servicio –el de certificación electrónica– ni se pretende acreditar la capacidad de los intervinientes, ni asesorar sobre el contenido, legalidad o forma del documento”. Por tanto, concluye, “así entendida la norma impugnada... para nada roza las funciones que son propias de los Notarios”.

La seguridad jurídica en su fase contenciosa permite determinar si un acto o negocio jurídico, ya realizado, lo ha sido con posible infracción del Derecho objetivo y lesión del subjetivo, de quien ejercita su pretensión, mediante el ejercicio de la acción judicial correspondiente, solicitando la actuación del juez predeterminado, la observancia de las normas y garantías procesales, y la conclusión del proceso mediante sentencia firme y su ejecución, conforme al principio de tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución Española), con efecto de cosa juzgada.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, declaró la vigencia de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 sobre jurisdicción voluntaria, en su disposición derogatoria, y su disposición final decimoctava, hasta que no se promulgase la Ley de Jurisdicción Voluntaria, para lo que emplazó al Gobierno hasta el 8 de enero de 2002, plazo evidentemente incumplido.

Destacaba Ignacio Díez-PICAZO que existe consenso en que elaborar una ley separada de la de Enjuiciamiento Civil, de jurisdicción voluntaria, parece lo más adecuado, porque teniendo en cuenta que la atribución de los actos de jurisdicción voluntaria a los órganos judiciales es contingente, es decir, está basada en meras razones de conveniencia, será necesario valorar cuidadosamente qué actos de jurisdicción voluntaria deben

seguir quedando en manos de órganos judiciales, descargando a éstos de todos aquellos negocios o expedientes en los cuales la intervención judicial no esté plenamente justificada, o pueda ser sustituida eficazmente por la intervención de otras instancias. En el mismo sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto afirmaba: “Es hoy una indiscutible necesidad disponer de un texto legal lo más completo posible que, conforme a las exigencias de la dogmática del Derecho Procesal, suprima los expedientes obsoletos, reforme los todavía útiles, traslade e incorpore de otros textos legales determinados procedimientos que tienen naturaleza voluntaria y sistematice y redistribuya competencias, en aras de la racionalización del sistema, desjudicializando, a favor de otros profesionales del derecho, las que razonablemente les correspondan por su propia naturaleza, a fin de dar respuesta también en esta parcela del ordenamiento jurídico al desafío de una justicia más moderna y eficaz”.

RODRÍGUEZ ADRADOS, por su parte, afirmaba que la promulgación de una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria era ineludible porque las disposiciones que actualmente la rigen –la LEC de 1881, tras la cual se han dictado multitud de disposiciones que contienen actos de tal naturaleza– tienen un defecto grave general de origen: “El ser anteriores a los preceptos sustantivos que en su mayor parte contemplan, el Código de Comercio de 1885 y el Código Civil de 1889”.

En materia mercantil –añade– la LEC de 1881 parte de los preceptos del Código de Comercio de 1829; y mucho peor es lo que ocurre en materia civil, pues el Derecho civil existente en 1881 era el de las Partidas (segunda mitad del siglo XIII) –que seguían el Derecho Justiniano y muchas veces, a través del Digesto, a los juristas romanos clásicos–, salvo las innovaciones del Ordenamiento de Alcalá (1348), de las Leyes de Toro (1505) y en general del Derecho real, que recogió la Nueva Recopilación (1567) y que al promulgarse dicha LEC de 1881 mantenía la Novísima Recopilación (1805), con las adaptaciones derivadas de la caída del Antiguo Régimen.

Con relación al notariado, “la LEC de 1881 –prosigue– conservaba en buena parte la de 1855, anterior a la Ley del Notariado de 1862, cuando todavía estaban unidas la fe pública judicial y la extrajudicial; y en consecuencia incluyó en la jurisdicción voluntaria funciones de documentación que pertenecían a los escribanos de los Juzgados, pero tan sólo en razón de su fe pública extrajudicial, aunque los escribanos trataran con frecuencia de apoyarse en los jueces; éste ha sido otro de los curiosos caminos históricos de la excesiva acumulación en los jueces de atribuciones en materia de jurisdicción voluntaria; recordemos, por poner un ejemplo, la repudiación de la herencia sin proceso alguno, artículo 1008 del Código Civil”.

Ya lo había advertido NOVOA SEOANE al decir que, publicada la Ley de 28 de mayo de 1862, que organizó el notariado moderno con la misión de dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales, separando para lo futuro las funciones notariales de las judiciales, era de justicia que se hubieran dictado las disposiciones complementarias para que cesaran los Juzgados y Tribunales de conocer en esta clase de asuntos. La larga duración del régimen transitorio que respetó a los escribanos-notarios el ejercicio de sus funciones judiciales y extrajudiciales, impidió que la Ley de 1881 pusiera debido remedio. Por el contrario, a pesar de las declaraciones de la Constitución de 1876 –que limitaba las funciones judiciales a idéntico campo que la Constitución de 1845–, la Ley de Enjuiciamiento Civil consumó legalmente eso que pudiéramos llamar **usurpación** de funciones a favor de la jurisdicción judicial y en perjuicio de la notarial.

Esta afirmación de “usurpación de funciones” necesita ser matizada. ALCALÁ-ZAMORA decía que “el investigador de la jurisdicción voluntaria había de consagrar especialísima atención a un aspecto que muchos aprioristas desdeñaron: adentrarse por el abigarrado conjunto para «clarificar» los procedimientos que la integran de acuerdo, por ejemplo con su objeto, con su naturaleza o con su finalidad. Sólo cuando se haya realizado a fondo esa tarea estaremos en condiciones de afirmar si la jurisdicción voluntaria forma uno solo o bien distintos territorios jurídicos”.

Esa labor la intenté realizar en mis ponencias para el XX Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Cartagena de Indias en 1992, y para la VI Jornada Notarial Iberoamericana, de Quito, en 1993, donde analicé en qué consistía cada uno de los más señalados actos de jurisdicción voluntaria, en número de 111, número que aumenta NIETO SÁNCHEZ en su ponencia para la XIII Jornada Notarial Iberoamericana, de Asunción (Paraguay), de 2008, publicada en esta misma *Revista Jurídica del Notariado*.

Es evidente que hay actos de jurisdicción voluntaria que constituyen actos claramente de naturaleza notarial, y que sólo el devenir histórico apuntado justifica que sigan regulados en las leyes procesales, y podrían de nuevo ser atribuidos al notariado.

Esta misma tendencia se observa en las legislaciones extranjeras, donde con cierta cautela, hay que reconocerlo, se van ampliando las competencias en los que denominan “asuntos no contenciosos”. Se va cumpliendo así uno de los deseos expresados por la Unión Internacional del Notariado (UINL) en su I Congreso, de Buenos Aires (1948-Congreso fundacional de la UINL), VII Congreso, celebrado en México (1965), XII Congreso, en Buenos Aires (1973) y XX Congreso, Cartagena de Indias (1992).

Por citar algún ejemplo, me referiré a algunos países iberoamericanos con notariado latino, o romano-germánico, como España.

En **Brasil**, la Ley número 11.441, de 4 de enero de 2007, modificó la Ley número 5.869, de 11 de enero de 1973 –Código del Proceso Civil– y posibilitó la realización de inventarios, particiones, separaciones consensuales y divorcios consensuales con intervención notarial.

En **Costa Rica**, su Código Notarial, aprobado por Ley 7764, de 17 de abril de 1998, dedica su título VI a la Competencia notarial en actividad judicial no contenciosa (arts. 129 y ss.). El artículo 129 dispone: “Los notarios públicos podrán tramitar sucesiones testamentarias y ab intestato, adopciones, localizaciones de derechos indivisos sobre fincas con plano catastrado, informaciones de perpetua memoria, divisiones de cosas comunes, en forma material o mediante la venta pública, distribución del precio, deslindes y amojonamientos y consignaciones de pago por sumas de dinero. El trámite de esos asuntos ante notario será optativo y solo podrán ser sometidos al conocimiento de esos funcionarios cuando no figuren como interesados menores de edad ni incapaces”.

En **Cuba**, a partir de la vigencia de la Ley número 50, de 28 de diciembre de 1984, “Ley de las Notarías Estatales”, se transfirió a la actividad notarial el conocimiento de los expedientes de jurisdicción voluntaria referentes a administración de bienes de ausentes, consignación, información para perpetua memoria y declaratoria de herederos, que anteriormente se resolvían por los tribunales municipales; el Decreto Ley 154/1994, de 6 de septiembre, del divorcio, les atribuyó la competencia en materia de divorcio fundamentado en que “los actuales requerimientos para el perfeccionamiento de los tribunales y la necesidad de disminución y agilización de trámites jurídicos que realiza la población, aconsejan extraer de la competencia de los tribunales populares y transferir a la función notarial el conocimiento y tramitación del divorcio, siempre que no existiere contradicción en los cónyuges en cuanto a las condiciones y efectos jurídicos del mismo, ni perjuicios a terceros, por considerar que el Notario a través del ejercicio de la fe pública, realiza actividades extrajudiciales que garantizan igualmente la eficacia jurídica y legalidad de estos actos, sin que disminuya por ello la trascendencia jurídica e importancia social de éstos”.

En **Ecuador**, su Ley del Notariado atribuye en su artículo 18 a los notarios actos de jurisdicción voluntaria, como los relativos al patrimonio familiar, entregar la posesión efectiva de los bienes pro indiviso del causante, autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan la libre administración de sus bienes cumpliendo las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil; etc.

En **Honduras**, el Código del Notariado, de 29 de diciembre de 2005, establece en su artículo 2: “El Notariado es la institución del Estado que garantiza la seguridad jurídica y la perpetua constancia de los actos, con-

tratos y disposiciones entre vivos y por causa de muerte; así como a los *asuntos no contenciosos* determinados en ésta y en otras leyes, que se sometan voluntariamente al conocimiento y decisión de la función notarial”. Dedicar a la competencia notarial en actos no contenciosos el capítulo IV, y en el artículo 53 dispone: “Los actos no contenciosos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles y en otras leyes, pueden ser conocidos, tramitados y resueltos por los Notarios cuando medie consentimiento expreso y unánime de los interesados. Los interesados pueden elegir libremente el trámite notarial o el judicial según lo estimen conveniente. Escogida una vía no puede abandonarse para acudir a la otra, tampoco pueden emplearse simultánea o sucesivamente”. Y en el artículo 59: “Los asuntos no contenciosos que pueden conocer los Notarios, además de los previstos en otras leyes son los siguientes: 1) Rectificación de inscripciones en el Registro Civil; 2) Patrimonio familiar; 3) Habilitación para comparecer en juicio; 4) Emancipación voluntaria; 5) Habilitación de edad; 6) Información *ad-perpetuam*; 7) Divorcio por mutuo consentimiento; 8) Inventarios solemnes; 9) Las separaciones de hecho; 10) Conciliación y arbitraje; 11) Ejecución de garantías; 12) Autorización para contraer segundas y ulteriores nupcias; 13) Autorización para enajenar bienes de menores; 14) Deslinde y amojonamiento; 15) Permisos de operación de comerciantes y autorización de sus libros; 16) Celebración de matrimonios; 17) Calificación de edad; 18) Cesación de comunidad; y, 19) Partición de bienes”.

En **México**, la Ley de 30 de diciembre de 1999, del Notariado para el Distrito Federal, reconoce como “principios regulatorios e interpretativos de la función y documentación notarial”, en su apartado V: “El ejercicio de la actividad notarial, en la justa medida en que se requiera por los prestatarios del servicio, obrando con estricto apego a la legalidad aplicable al caso concreto, de manera imparcial, preventiva, voluntaria y auxiliar de la administración de justicia, respecto de asuntos en que no haya contienda”. Y dedica su capítulo IV a la regulación de la competencia para realizar funciones notariales en asuntos extrajudiciales y de la tramitación sucesoria ante notario, considerando como tales “todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados. En forma específica, ejemplificativa y no taxativa, en términos de este capítulo y de esta ley: a) En las sucesiones en términos del párrafo anterior y de la sección segunda de este capítulo. b) En la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal, c) En las informaciones *ad perpetuam*, apeos y deslindes y demás diligencias, excepto las informaciones de dominio”. Y de

la misma manera pueden comprobarse en las leyes particulares de cada Estado.

En **Nicaragua**, la Ley número 139, de 28 de mayo de 1991, atribuyó al notario: 1) La autorización de los matrimonios, levantando acta en un Libro especial, que le entrega la Corte Suprema de Justicia, que conserva y del que expide copias el notario (art. 1); 2) La rectificación de errores evidentes de las certificaciones del Registro Civil (art. 2); 3) La identificación de la persona que hubiere usado constante y públicamente nombre propio distinto del que aparece en su partida de nacimiento o usare nombre incompleto (art. 3); 4) La declaración y constitución de una persona, que se dedicare al comercio como actividad profesional, como comerciante, de acuerdo con el artículo 15 del Código de Comercio, para su inscripción en el Registro Mercantil; 5) La designación de intérpretes conforme a la ley Procesal, y la consignación de su traducción en escritura.

En **Perú**, la Ley 26662, de Competencia Notarial en Asuntos no contenciosos, de 20 de septiembre de 1996, modificó el artículo 2 del Decreto Ley número 26002, que define al notario incluyendo un nuevo párrafo que dice “su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en la ley de la materia”. Y permite que “los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos: 1. Rectificación de partidas; 2. Adopción de personas capaces; 3. Patrimonio familiar; 4. Inventarios; 5. Comprobación de Testamentos; 6. Sucesión intestada” (art. 1.º). Prevé dicha Ley la creación del “Registro Notarial de Asuntos no Contenciosos”. El 15 de mayo de 2008 fue promulgada la Ley 29227, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías, en cuyo artículo 3 dispone que “son competentes para llevar a cabo el procedimiento especial establecido en la presente Ley, los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se celebró el matrimonio”; por ello añadió el apartado 7 al artículo 2.º antes referenciado; su Reglamento fue aprobado por Decreto Supremo número 009-2008-Jus, de 12 de junio de 2008.

En **Puerto Rico**, la Ley 282, de Asuntos no contenciosos ante notario, de 21 de agosto de 1999, ha ampliado las competencias al notariado en asuntos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, diciendo en su Exposición de Motivos que “esto contribuirá al alivio de los tribunales en su carga de trabajo y el consecuente uso más eficiente de los recursos de la rama judicial y acercará más a la ciudadanía a una serie de procedimientos que le son de mucha importancia para atender”. Y así, el notario podrá tramitar: procedimientos de testamentaría y abintestato, declarato-

ria de herederos, aceptación del cargo y expedición de cartas testamentarias a un albacea por un notario que no fuere aquel en cuya oficina se encuentra protocolizado el testamento, adverbación y protocolización del testamento ológrafo, declaración de ausencia simple, actas para perpetua memoria, etc. Su artículo 9 determina que si bien el resultado de la actuación notarial no tendrá el efecto de cosa juzgada, “gozará de una presunción de corrección, por lo que quien la impugne tendrá el peso de la prueba”.

En **Quebec**, el Código de Procedimiento Civil regula en el Libro VI las que denomina “materias no contenciosas”, distinguiendo entre las que se tramitan ante el tribunal y ante notario.

De las legislaciones reseñadas conviene resaltar las siguientes ideas de interés, más allá de la enumeración de materias:

La primera: la posibilidad de elección por el peticionario entre la vía judicial o la notarial, como sucede en Costa Rica, Honduras, Perú, Puerto Rico, y en el artículo 2 del Decreto 1073 de la Junta Revolucionaria de Gobierno de El Salvador, de 13 de abril de 1982, a iniciativa de la Corte Suprema de Justicia.

La segunda: como establece la Ley puertorriqueña, si bien el resultado de la actuación notarial no causa el efecto de cosa juzgada, “gozará de una presunción de corrección, por lo que quien la impugne tendrá el peso de la prueba”.

La tercera: como sucede en las legislaciones de Honduras y del Distrito Federal de México, puede no realizarse una enumeración exhaustiva de los actos de jurisdicción voluntaria que pueden atribuirse al notario, sino que cabe remitirse a todos aquellos que en cualquier disposición tengan atribuidos los jueces y sean de jurisdicción voluntaria y no se hallen expresamente excluidos de la competencia notarial.

La cuarta: la existencia de un Registro de actos de jurisdicción voluntaria notarial como en la legislación peruana y puertorriqueña, o como sucede actualmente en España con la de las actas de notoriedad de declaración de herederos abintestato para evitar la duplicidad o multiplicidad de actuaciones.

La quinta, finalmente, la exclusión de la competencia notarial cuando existan menores o incapacitados y el acto a ellos afecte.

En **España**, los intentos de regulación de la jurisdicción voluntaria han sido: el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria publicado en el *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia* de octubre de 2005, cuya crítica realizó RODRÍGUEZ ADRADOS ante el Pleno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; el Anteproyecto publicado el 15 de octubre de 2006 en el mismo *Boletín*; y el Proyecto de Ley de 2007 a que nos estamos refiriendo constantemente, porque constituye, hoy, un importante documento de trabajo sobre el que reflexionar.

Como ya manifesté en los Cursos de Verano organizados por el Consejo General del Notariado en la Universidad Menéndez y Pelayo de Santander sobre seguridad jurídica preventiva, cabe obtener las siguientes conclusiones sobre la regulación de esta materia desde el punto de vista notarial:

Primera. El deseo del notariado español, como del notariado latino en general, de que le sean atribuidas ciertas competencias actualmente consideradas de jurisdicción voluntaria, sin que ello obedezca a razones corporativas, simplemente de incremento de trabajo –pues algunas de las actuaciones resultan verdaderamente incómodas–, sino a:

a) La deseable integración en la función notarial de aquellos actos que, siendo de naturaleza notarial, han permanecido por razones históricas atribuidos a los jueces; pues el artículo 3.º del Reglamento Notarial considera al notario como órgano de jurisdicción voluntaria, como también lo consignaba el Proyecto en la reforma pretendida del artículo 1.º de la Ley del Notariado: “Igualmente como funcionario público, ejercerá aquellas funciones en materia de jurisdicción voluntaria que según la legislación específica se le atribuyan”.

b) Que los ciudadanos se beneficien de la proximidad de las notarías y, por tanto, del acercamiento del servicio público al ciudadano, con ahorro de costes económicos.

c) Coadyuvar a aligerar el exceso de asuntos en los juzgados, permitiendo a los jueces una más rápida resolución de los asuntos propiamente jurisdiccionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, con el fin de conseguir una justicia más rápida y eficaz. Esa fue la causa de que la Ley de reforma de 1992 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sustrajera de la competencia judicial, y la otorgara a los notarios, las declaraciones de herederos abintestato a favor de cónyuge, ascendientes o descendientes. Sin embargo, los Anteproyectos de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2005 y 2007 devolvían al Juzgado –a los secretarios judiciales en concreto– la competencia para tales declaraciones concurriendo con los notarios; de nuevo el Proyecto, inicialmente, establecía la competencia exclusiva del notario para las actas del artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y concurrente de notarios y secretarios las a favor de colaterales, lo que mantenía el Proyecto aprobado por el Congreso, pues, aunque parecía que en el artículo 130 estableciera la competencia concurrente notarios-secretarios, del artículo 208 se deducía, con claridad, que el notario tiene competencia exclusiva cuando se trata de cónyuge, descendientes o ascendientes, y concurrente con la del secretario tratándose de colaterales.

d) Cabe la competencia notarial concurrente con los secretarios judi-

ciales, titulares ambos respectivamente de la fe pública extrajudicial y judicial, de tal manera que el ciudadano pueda libremente elegir entre:

1) Acudir al Juzgado, atendida la gratuidad de la justicia. Aunque sin perder de vista:

— Los costes de los desplazamientos, en ocasiones no pequeños, pues los Juzgados suelen estar ubicados en poblaciones importantes.

— El tiempo sustraído a su actividad laboral o profesional si acude personalmente o,

— El coste de los servicios de algún profesional, aunque su intervención no sea preceptiva, por regla general, en estos actos.

2) Prefiera satisfacer un precio público prefijado a uno de los miles de notarios ejercientes a lo largo y ancho de todo el Estado español, lo que supone una red de puntos de servicio —por hablar en términos económicos— notable, atendido que los notarios son funcionarios públicos de alta cualificación jurídica, que actúan con la agilidad de quien ejerce profesionalmente una función en régimen de competencia en la calidad y en la celeridad no incompatible con la calidad del servicio.

La Exposición de Motivos del Proyecto acogió este planteamiento, igualmente propugnado por el Consejo General del Notariado ante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1992, cuando expresaba: “la facultad que se concede a los ciudadanos de acudir al Secretario Judicial o al Notario o Registrador sólo puede interpretarse como una ampliación de los medios que se ponen a disposición de los ciudadanos para garantizar sus derechos. Desde un punto de vista económico, los derechos del interesado no se ven afectados, dado que puede acudir al Secretario Judicial —haciendo uso de los medios que la Administración de Justicia pone a disposición de los ciudadanos—, o al Notario o al Registrador con el abono de los aranceles que correspondan. Interesa apuntar que la decisión del interesado de acudir a estos últimos como administradores del expediente redunda en el correspondiente ahorro de medios de la Administración de Justicia”.

Segunda. Está más que justificado mantener en sede judicial aquellos actos que implican adopción de decisiones sobre las personas o sobre el destino o conveniencia de la enajenación de los bienes de las mismas, pues se trata de garantizar derechos de naturaleza humanamente muy especial: son muchos años de prestigio social de los jueces y de confianza en su independencia y en su prudencia; y ello constituye un patrimonio

social extraordinario, que no puede desconocerse y que todos debemos valorar. Así lo entendió la Exposición de Motivos del Proyecto cuando expresaba: “al profundizar en el diálogo entre historia dogmática y realidad social, se han deslindado las competencias que deben continuar atribuidas al órgano jurisdiccional –ya sea por su naturaleza o por ser los Jueces los operadores jurídicos que gozan de un mayor grado de independencia, imparcialidad y reconocimiento ante la opinión pública en el ejercicio de su función– de aquellas otras competencias que en el siglo XIX fueron atribuidas a los Jueces en atención a su prestigio, a la seguridad jurídica que producía su intervención, a la desconfianza frente a otros operadores jurídicos o a razones de mera tradición historicista, oportunidad, conveniencia o división del trabajo. Tales competencias hoy podrían desjudicializarse”.

Tercera. A la hora de su concreta regulación cabe, o:

— Elaborar un listado lo más completo posible de los actos de jurisdicción voluntaria, con determinación de las leyes donde se hallan recogidos y que deban resultar afectados por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, necesario para determinar a qué funcionario ha de corresponder su administración, sin mengua de las garantías jurídicas que se deben proporcionar y el interés no sólo jurídico, sino económico de los ciudadanos.

El Proyecto declaraba: “Es hoy una indiscutible necesidad disponer de un texto legal lo más completo posible que, conforme a las exigencias de la dogmática del Derecho Procesal, suprima los expedientes obsoletos, reforme los todavía útiles, traslade e incorpore de otros textos legales determinados procedimientos que tienen naturaleza voluntaria”.

— O decidirse, como hacía el Proyecto, por una norma omnicomprendensiva, como la del artículo 1.1: “La presente Ley tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria previstos en esta o en otras leyes”, pero a diferencia de lo que sucede en algunas de las legislaciones extranjeras expuestas, la disposición adicional primera establecía: “las referencias que efectúen leyes de fecha anterior a la presente a las competencias del Juez para asuntos de Jurisdicción voluntaria, se entenderán hechas al Juez o Secretario Judicial con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 de esta Ley”, con lo que sin motivo aparente excluía a los notarios de poder administrar tales expedientes, aunque sean igualmente idóneos.

Cuarta. La actividad notarial, como la judicial, debe ser una actividad reglada en su tramitación, con el fin de ofrecer idénticas garantías a los ciudadanos. Lo contrario puede dar lugar a supuestos como el con-

templado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de noviembre de 2000, en una enajenación de prenda en subasta pública notarial, que fue impugnada porque entre la publicación y la celebración de la subasta no medió un plazo que posibilitara el conocimiento de su celebración por el mayor número de interesados en acudir a ella. El Tribunal Supremo declaró: “Establecido en el artículo 1872 del CC la subasta pública, «precisamente» dice el texto legal, lo que excluye cualquier otro medio, para llevar a cabo la enajenación de los bienes dados en prenda ante el impago por el deudor de la obligación asegurada con ella, ni este texto legal ni ningún otro establece, aparte de la obligada citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso, los requisitos a que ha de ajustarse la subasta pública a celebrar ante Notario, por lo que es indudable que nos encontramos ante un vacío legal para llenar el cual habrá de acudir a aquellas normas que regulan la celebración de subastas públicas en juicios ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, que permiten establecer unos criterios objetivos aplicables al caso no regulado del artículo 1782 del CC”.

En el Proyecto el legislador expresaba que “por evidentes razones de sistemática legislativa, la regulación del procedimiento que aplicarán Notarios y Registradores cuando el interesado opte por solicitar su intervención, no se regula en esta Ley, sino que se remite a lo que prevea en este punto la legislación notarial e hipotecaria”.

Esta solución es correcta. Como destacó el Consejo General del Notariado en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de actualización de la de Enjuiciamiento Civil y otras disposiciones de 1992, función judicial y función notarial son funciones distintas, por su naturaleza, forma y efectos, y por ello, cuando se quiera reconocer a los notarios competencia en un determinado ámbito hasta ahora reservado a la competencia judicial exclusiva, hay que “desjudicializar” la materia, eliminar toda terminología y todo el tratamiento “procesal” de la misma, todo rastro de “imperium” en el actuante. Los notarios autorizan escrituras, actas, pólizas y testimonios, conforme a las exigencias de fondo de la actuación notarial y a sus esquemas; y a su misma terminología.

Las nuevas funciones que se atribuyan al notariado, como las que lo sean a los registradores de la propiedad, o a otros funcionarios, han de desjudicializarse y ser reguladas por la legislación respectiva, como con referencia a la notarial realizó acertadamente la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando atribuyó a los notarios la competencia para declarar herederos abintestato a descendientes, ascendientes y cónyuge, en el artículo 979 de la misma, que indicó se haría por acta notarial de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial. O como sucede con las actas notariales de depósito del artículo 15 de la Ley de Propie-

dad Horizontal, modificado por la Ley de 1999, para poder votar en las Juntas de Propietarios los propietarios morosos.

Es lo que hacía el Proyecto, que en sus artículos 29 y 30 se remitían a la legislación específica notarial o registral tanto para determinar la competencia como el procedimiento. También el XX Congreso Internacional de la UINL, de Cartagena de Indias, propugnó “que el proceso de desjudicialización comprenda no solamente el aspecto relativo a su terminología sino al propio tratamiento procesal de las instituciones, debiendo ser reguladas por la legislación notarial de cada país, de acuerdo con sus peculiaridades socio-jurídicas y sus instituciones”.

Pero no sería superflua una norma que previera, transitoriamente, la aplicación de las normas procedimentales establecidas para los expedientes administrados por jueces y secretarios hasta la publicación de las disposiciones correspondientes, y que éstas no exigieren requisitos inferiores a los establecidos en sede judicial.

No quiero concluir estas líneas sin realizar alguna crítica al tanta veces citado fracasado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, por si en algún momento se reactivase su tramitación o se presentase uno nuevo con parecido contenido.

En cuanto al objeto y ámbito de aplicación, debería volver a contemplarse la existencia de otros funcionarios o autoridades que “administran” actos de jurisdicción voluntaria, además de los que citaba el artículo 1.2, o lo que es lo mismo, volver al texto del Proyecto antes de las enmiendas.

Carece de sentido el que se dé preferencia, en caso de tramitación simultánea ante administradores diferentes, al iniciado ante la Administración de Justicia, pues debería procederse como en la actualidad se hace en materia de actas notariales de declaración de herederos. Es decir, debe tener preferencia el que primero se inicie, según el Registro que debiera crearse para evitar la duplicidad de expedientes ante funcionarios distintos. O lo que es lo mismo, elegido un administrador competente del expediente, quedan excluidos todos los demás posibles.

En cuanto a los medios de prueba, parece que el administrador del expediente se ha de conformar con los que le propongan, cuando debería otorgársele, además, la facultad de exigir los que considere conveniente para alcanzar el convencimiento necesario para autorizar el documento o dictar el decreto, y no sólo los jueces en los expedientes relativos a menores e incapaces, cuando en la jurisdicción voluntaria no existen “partes” –a diferencia de la contenciosa–, sino “interesados”.

No se alcanza a ver la razón de que se conceda a los registradores de la propiedad la posibilidad de tramitar expedientes de dominio, y expedientes de liberación de cargas y gravámenes, porque si el que califica es otro registrador, ¿de qué actúa el registrador que tramita el expediente?

No de registrador, evidentemente. La función registral es la de calificación del acto autorizado o decretado por otro funcionario.

Tampoco se entiende por qué los notarios no puedan convocar Juntas generales de sociedades mercantiles, y sí presidirlas por decisión judicial o levantar actas de la misma, cuando la Ley lo permite, o dar fe de la realidad de la convocatoria mediante la remisión de la misma a los socios. Ni tampoco por qué no puede el notario legalizar libros de actas de sociedades mercantiles o de propiedad horizontal y sí de otras entidades, cuando es muy superior el número de notarías que el de Registros de la Propiedad, y no digamos ya mercantiles, que existen en el Estado.

LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES EN LAS CRISIS DE PAREJA

JAVIER NANCLARES VALLE

Profesor de Derecho civil.

Universidad de Navarra

SUMARIO: **1.** CONTEXTO: CRISIS DEL MODELO DE FAMILIA CLÁSICO. **A)** Incremento de las rupturas matrimoniales. **B)** Proliferación de las convivencias extramatrimoniales. **2.** REGULACIÓN LEGAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN LOS PROCEDIMIENTOS MATRIMONIALES. **2.1.** Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 15/2005. **2.2.** Con posterioridad a la reforma introducida por la Ley 15/2005. **2.2.1.** *No necesidad de audiencia del menor en ciertos casos.* **2.2.2.** *Tratamiento por separado de la guarda y custodia y de la patria potestad.* **2.2.3.** *Regulación de la guarda y custodia compartida.* **2.2.3.1.** *Deficiente regulación desde un punto de vista técnico.* **2.2.3.2.** *Ciertas incoherencias en el tratamiento de la cuestión.* **2.2.3.3.** *Ciertas dudas a raíz de la regulación que se ofrece.* **3.** LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS AL MARGEN DE LOS PROCESOS MATRIMONIALES.

1. Contexto: crisis del modelo de familia clásico

A lo largo del último cuarto del siglo XX y en lo que llevamos del siglo XXI se aprecian dos tendencias marcadas y hasta cierto punto contrapuestas en el sector del Derecho civil que tiene por objeto el estudio de la familia y de las relaciones entre sus componentes.

De un lado, se observa una marcada *privatización* de lo que se ha dado en llamar las relaciones familiares “horizontales”, lo que se ha traducido en una total disponibilidad del matrimonio por parte de los cónyuges y en la posibilidad de mantener situaciones convivenciales alternativas al matrimonio que disfruten de un régimen jurídico próximo al que caracteriza a éste. La interpretación de buena parte del Derecho de familia desde la óptica del libre desarrollo de la personalidad de los sujetos implicados ha traído consigo una exaltación de lo individual en detrimento de lo colectivo.

El matrimonio no se concibe ya como una institución orientada a la búsqueda de un interés general (de estructuración estable de la sociedad, de perpetuación social y de educación de la prole), sino que se concibe como una institución orientada a promover y favorecer el libre desarrollo de la personalidad de los contrayentes. Lo cual justifica las reformas acaecidas en el año 2005, en el sentido de abrir el matrimonio a personas del mismo sexo y de facilitar el divorcio *ad nutum* y sin apenas límite temporal alguno.

Esta idea aparece claramente reflejada en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005. Mientras que en la normativa anterior no bastaba con decir que un matrimonio era un fracaso, sino que era necesario demostrarlo mediante la acreditación de un prolongado cese de la convivencia (con la excepción del divorcio por condena en sentencia firme del art. 86, apartado quinto), en la actualidad procede el divorcio por la mera voluntad de cualquiera de los cónyuges, al margen de toda idea de culpa o de fracaso marital. Ello se explica si tenemos en cuenta que el propósito del legislador es, según la Exposición de Motivos, “reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio”, para lo cual se considera que, en aras del respeto “al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución”, se ha de “reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge”. En resumen, junto al derecho a contraer matrimonio surge un auténtico “derecho a no continuar casado” que “no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud” (Exposición de Motivos).

Se podrá discutir la conveniencia o no de estas reformas e incluso su

adecuación a la Constitución (1), pero la realidad es que el matrimonio, tal y como está actualmente configurado, adolece de un notable vaciamiento de contenido jurídico, que sin duda ha contribuido a su inconsistencia y a una cierta desvalorización de la institución matrimonial. Vaciamiento no en cuanto a su dimensión patrimonial (régimen económico matrimonial, derecho sucesorio) ni en lo relativo a su tratamiento como estado civil, pero sí en cuanto a los derechos y obligaciones que de él dimanar: obligaciones que son aparentemente más morales que jurídicas, con la consiguiente repercusión de todo ello sobre el concepto de matrimonio de conveniencia.

De otro lado, se percibe un incremento de la protección de los menores e incapaces, hasta el punto de hablarse de *puerocentrismo* como nota característica del Derecho actual. La propensión a otorgar carácter dispositivo a ciertas normas del Derecho de familia desaparece cuando se trata de tutelar al más débil de los implicados en las relaciones familiares. Fruto de ello es la judicialización de la adopción, de la patria potestad o de la tutela, así como las constantes referencias a la protección del interés del menor como principio rector de unas normas que deben orientarse a permitir el pleno y libre desarrollo de éste.

La libertad y subjetivización que de modo creciente invade el vínculo matrimonial y la exaltación de la tutela del menor con normas muchas veces imperativas, son dos movimientos que pueden parecer desvinculados y hasta contradictorios pero que, en el fondo, presentan puntos en común. En particular, se puede afirmar que una interpretación del matrimonio y de la familia en clave exclusiva o principalmente individual conduce al debilitamiento de ambos y deja especialmente necesitada de tutela a la parte más débil de la relación familiar: los hijos.

El debilitamiento del matrimonio se deduce de dos fenómenos que son estadísticamente constatables y que ponen de manifiesto la percepción social de la institución. Tales fenómenos son el notable incremento de las rupturas matrimoniales y la proliferación de las convivencias extramatrimoniales.

A) Incremento de las rupturas matrimoniales.

En cuanto a lo primero, el año siguiente a la aprobación y entrada en vigor de la Ley 30/1981 (popularmente conocida como Ley del divorcio)

(1) En este sentido, cabe destacar la interposición por parte de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005 (28 de septiembre de 2005), pendiente de resolución.

el número de separaciones que se registraron ascendió a 17.445, mientras que el de divorcios llegó a los 21.463. Desde aquel año 1982, el número global de crisis o fracasos matrimoniales no hizo sino ascender, hasta alcanzar las 82.340 separaciones, 52.591 divorcios y 190 nulidades en el año 2004 (2).

El 8 de julio de 2005 se aprobó la Ley 15/2005, por la que se modificaba la regulación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y de divorcio, en concreto, los artículos 81 y 86 CC. Existía gran interés en los operadores jurídicos por conocer la repercusión social de la citada ley y lo cierto es que los datos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial no defraudaron las expectativas. A tenor del informe emitido por dicho órgano (3), el número de separaciones que ingresaron en los juzgados a lo largo del primer semestre de 2005 fue de 24.861 consensuales y 14.197 contenciosas frente a las tan sólo 7.791 consensuales y 5.225 contenciosas del segundo semestre del mismo año. Por contra, el número de divorcios del primer semestre del año fue de 15.733 consensuales y 11.704 contenciosos, frente a los 36.035 consensuales y 23.873 contenciosos de la segunda mitad del año. En total 52.074 separaciones y 87.345 divorcios que demostraron (4) que, como algunos auguraban, las rupturas matrimoniales crecerían en un contexto legal más marcadamente divorcista.

Tendencia al alza que se consolidó en 2006, pues el número de divorcios ingresados alcanzó los 85.645 consensuados y 55.672 contenciosos, frente a las 8.796 separaciones de mutuo acuerdo y 5.362 contenciosas dictadas en ese mismo período (y 153 nulidades), lo que arrojaba un balance total de 141.317 divorcios y 14.158 separaciones (5).

No obstante, en los dos últimos años se detecta un cierto estancamiento e incluso un retroceso en el volumen de crisis matrimoniales, cuyo número, pese a todo, sigue siendo muy elevado. Así, en el año 2007, el número de divorcios ingresados alcanzó los 130.897 (80.633 consensuados y 50.264 no consensuados), frente a las 10.211 separaciones (6.541 de mutuo acuerdo y 3.670 contenciosas), datos a los que habría que añadir 196 nu-

(2) Fuente: Informe "La justicia dato a dato, año 2004", Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial, fecha de publicación 1 de junio de 2005.

(3) Informe número 4, elaborado por la Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial, y publicado en febrero de 2006.

(4) Si bien los datos no coinciden con los ofrecidos en el Informe "La justicia dato a dato, año 2005", Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial, fecha publicación 1 de junio de 2006, en el que se habla de 55.632 separaciones y de 93.536 divorcios, frente tan sólo a 199 nulidades. En todo caso, este otro Informe no vendría sino a reafirmar la tendencia señalada en el texto, pues el número de crisis matrimoniales es incluso superior.

(5) Fuente: Informe "La justicia dato a dato, año 2006", Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial, fecha publicación 22 de junio de 2007.

lidades (6). Por su parte, en el año 2008, el número de divorcios ingresados directamente alcanzó los 121.814 (73.834 consensuados y 47.980 contenciosos), frente a las 9.071 separaciones (5.911 separaciones de mutuo acuerdo y 3.160 contenciosas) y 175 nulidades (7).

Como se puede ver, estamos ante una verdadera epidemia de crisis matrimoniales. Este fenómeno, que no es exclusivo de España [si bien en nuestro país se manifiesta con especial intensidad (8)] tiene unas consecuencias que en muchas ocasiones van más allá de los propios cónyuges, hasta repercutir sobre los hijos de la pareja. Y ello no sólo desde el punto de vista emocional o afectivo, sino también desde el punto de vista más estrictamente material, lo que justificó en su día la inclusión en el *Libro Verde sobre el futuro de la política social europea* (año 1993) de las familias monoparentales entre los grupos necesitados de protección, a raíz de los incumplimientos o insuficiencias de las pensiones alimenticias acordadas.

En este contexto, las necesidades de protección de los hijos comunes de la pareja que se separa o divorcia se convierten en un imperativo social y en un reto para el ordenamiento jurídico que, ahora más que nunca, debe demostrar su capacidad para solucionar los problemas que es posible que, al menos parcialmente, el propio legislador haya contribuido a crear.

B) Proliferación de las convivencias extramatrimoniales.

Junto a la epidemia de crisis matrimoniales, hay que afirmar la existencia de un segundo fenómeno que podríamos calificar de crisis del matrimonio como institución. Crisis que se traduce en el auge de la convivencia extramatrimonial como fórmula que se erige en alternativa al matrimonio y que desemboca en el incremento de hijos nacidos fuera del matrimonio (aunque no sea ésta la única causa de filiación extramatrimonial, como es lógico, pues son muchos los hijos extramatrimoniales concebidos al margen de toda unión de hecho).

En España, el porcentaje de hijos de madre no casada ha pasado del

(6) Fuente: Informe "La justicia dato a dato, año 2007", Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial, fecha publicación 2 de julio de 2008.

(7) Datos extraídos del Informe elaborado por la Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial, publicado en fecha 31 de marzo de 2009.

(8) Según el Informe "Evolución de la familia en Europa 2008", elaborado por el Instituto de Política Familiar, Bélgica, Luxemburgo y España son los países de la Unión Europea con una tasa de rupturas/matrimonios mayor, de modo que por cada tres matrimonios que se forman, se rompen dos (0'6 en España). A su vez, España ha sido, y con mucha diferencia, el país con un mayor crecimiento en el número de divorcios en los últimos diez años (1996-2006) en el que casi se ha triplicado (290 por 100).

10 por 100 en 1991 a casi el 20 por 100 en 2001 y al 28,38 por 100 en 2006 (9). Siguiendo la evolución y el incremento anual más o menos sostenido, hoy en día rondaremos el 32 por 100, lo que nos sitúa cerca de la media de la Unión Europea (10).

Datos que son relevantes y que colocan al legislador ante la necesidad de repensar, de un lado, los medios de determinación de la cada vez menos excepcional filiación extramatrimonial, lo que implicará hacer frente al tema de la determinación de la filiación en el fenómeno de las uniones de hecho; y, de otro lado, la cuestión de la patria potestad y de la guarda y custodia, que no pueden ser concebidas exclusivamente en clave de procedimientos de separación, divorcio y nulidad, pues los mismos problemas se plantean también al margen de éstos o del propio matrimonio.

2. Regulación legal de la guarda y custodia en los procedimientos matrimoniales

2.1. Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 15/2005.

En la normativa anterior a 2005, la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos bajo la patria potestad de ambos, el derecho de visitas del progenitor no custodio y el modo de ejercicio de la patria potestad, debían contenerse en el convenio regulador de la crisis matrimonial (art. 90 letra A/), disponiendo el artículo 92 CC que:

a) En aras del *bonum filii*, las crisis matrimoniales no eximían de las obligaciones paternofiliales (párrafo primero) y las medidas sobre cuidado y educación de los hijos se adoptarían siempre en su beneficio (párrafo segundo).

b) Las medidas se tomarían previa audiencia de los hijos, si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años (párrafo segundo).

c) En la sentencia podría acordarse que la patria potestad fuese ejercida total o parcialmente por uno de ellos o que su cuidado correspondiese “a uno u otro”, procurando no separar a los hermanos (párrafo cuar-

(9) Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística, *Anuario Estadístico de España 2008*, p. 67.

(10) Según el Informe “Evolución de la familia en Europa 2008”, elaborado por el Instituto de Política Familiar, uno de cada tres niños (33,9 por 100) nace fuera del matrimonio en la Unión Europea a veintisiete. Pese a todo, España se encuentra aún lejos de los países en los que la extramatrimonialidad de los hijos es mayor, que son Estonia (58,24 por 100), Suecia (55,47 por 100), Bulgaria (50,79 por 100) y Francia (50,49 por 100), países en donde ya se producen más nacimientos fuera del matrimonio que dentro de él.

to). En realidad, el pronunciamiento judicial sobre este último aspecto del convenio regulador debía ser necesario y no meramente posible. Lo que sí que se consideraba posible era que la patria potestad fuese ejercida totalmente por uno o que se estableciese un fraccionamiento de funciones en el ejercicio de la patria potestad, lo cual enlazaba con el artículo 156, párrafo segundo, de modo que la regla general sería la del ejercicio conjunto (11) (como en el propio art. 156, párrafo primero) y lo meramente posible, en interés del menor, la patria potestad cuyo ejercicio era otorgado en exclusiva a uno o fraccionado entre los padres.

d) El juez, de oficio o a instancia de parte, podría recabar el dictamen de especialistas (párrafo quinto).

No eran éstos, sin embargo, los únicos preceptos relativos a la protección de los hijos. Junto a ellos, los artículos 154 y siguientes (en especial, los arts. 156, 158 y 159 CC) abordaban el ejercicio de la patria potestad y la atribución de la custodia de los hijos en el caso de que los padres viviesen separados. Se configuraba así una duplicidad de regímenes en materia de protección de menores: uno específico para los procedimientos de separación, divorcio y nulidad (12) y otro de carácter general para los casos que no encajasen en ese perfil, lo que abarcaba supuestos muy heterogéneos, que iban desde los hijos matrimoniales cuando hubiese mera separación de hecho de los progenitores, hasta los casos de filiación extramatrimonial con determinación de la filiación respecto de ambos progenitores, pasando por las rupturas de parejas de convivientes *more uxorio* cuando la relación hubiese dado lugar a descendencia (hipótesis que no es sino un matiz cualificado respecto de la anterior).

Regímenes que, sin embargo, presentaban enormes similitudes y eran básicamente coincidentes. El artículo 92, párrafo primero, se correspondía con el artículo 154; el artículo 92, párrafo segundo, con el artículo 159, inciso segundo; el artículo 92, párrafo tercero, con el artículo 170; el artículo 92, párrafo cuarto, con el artículo 159, inciso primero, y con el artículo 156. Y en cuanto al párrafo quinto del artículo 92, relativo a la posibilidad de recabar el dictamen de especialistas, no tenía parangón en materia de patria potestad pero podía derivarse de la normativa procesal.

Pese a todo, existía alguna diferencia relevante. Así, en los supuestos

(11) De modo que las pequeñas cuestiones cotidianas correspondían normalmente a la madre, por lo general beneficiaria del régimen de guarda y custodia, mientras que las grandes decisiones (educación, formación religiosa, asistencia sanitaria, representación, etc.) correspondían conjuntamente a ambos.

(12) Entiendo que no es correcto decir para los supuestos de crisis matrimoniales, pues también la separación de hecho es una crisis familiar y no por ello se aplica sin más el artículo 92 CC.

adscritos al que hemos denominado régimen general, el cuidado del hijo conllevaba el ejercicio de la patria potestad (art. 159, en relación con el art. 156, párrafo quinto), siendo necesaria la intervención, siempre *a posteriori*, del juez, ya fuera para decidir la disputa entre los dos progenitores (ahora separados o nunca convivientes) acerca de quién asumía la custodia del hijo y con ello la patria potestad, o ya fuera para, sin discutir a quién correspondía el cuidado material del hijo, atribuir la patria potestad conjuntamente a ambos o fraccionar su contenido (art. 156, párrafo quinto). La patria potestad, pues, seguía a la guarda y custodia, salvo intervención judicial, que podía producirse o no.

Por el contrario, en los casos de separación, divorcio o nulidad, el pronunciamiento judicial sobre la custodia era debido (pues era evidente que, al menos, resultaba necesario determinar con cuál de los cónyuges iba a convivir el hijo común y quién de ellos debía asumir su cuidado material), no así el relativo a la patria potestad, lo que suscitaba dudas en torno a si ello producía la aplicación de la regla general (ejercicio conjunto de la patria potestad) o si, por el contrario, se aplicaba la regla del párrafo quinto del artículo 156, que otorgaba y otorga aún la patria potestad al padre con el que el hijo conviva, en caso de estar los padres separados (13).

A mi parecer, una lectura del artículo 92.4 en su redacción anterior conducía a una interpretación favorable a la patria potestad conjunta (14),

(13) FUENTE NORIEGA, M.: *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Madrid, 1986, pp. 285-288, parece adherirse a esta tesis, sobre la base de la complementariedad de las normativas reguladoras de los procedimientos matrimoniales (donde se ubica el art. 92.4 CC) y de la patria potestad (donde se encuentra el art. 156.5 CC), de modo que "los preceptos de la patria potestad pueden en algún momento completar ciertos aspectos no suficientemente regulados en el señalado título IV del libro I del Código Civil". Por el contrario, LINACERO DE LA FUENTE, M.: "Leyes de familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio", *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2006, p. 57, partiendo igualmente de la complementariedad citada y de la interpretación conjunta de ambas regulaciones como modo de resolver la descoordinación codicial, considera que ya sea en los supuestos de procesos matrimoniales ya en los casos de separación de hecho o filiación extramatrimonial, "la atribución de la custodia a uno de los progenitores no autoriza a pensar que corresponda al progenitor custodio el ejercicio exclusivo de la patria potestad, y ello a pesar de la dicción literal del artículo 156.V CC".

(14) Cfr. ROCA TRÍAS, E.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen I, Madrid, 1984, pp. 579-580. Contra GARCÍA CANTERO, G.: "Artículos 92 a 94 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo II, Madrid, 1982, p. 392, que señala que "resulta evidente que, desaparecido el hogar familiar común, no hay más remedio que dividir el ejercicio de la patria potestad". Por su parte, SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho civil*, volumen IV, Derecho de familia, Barcelona, 1982, p. 256, consideraba que la proposición primera del artículo 156, párrafo 5, no parecía aplicable a los supuestos de atribución de la patria potestad en sentencia dictada en un proceso de separación, divorcio o nulidad, pues "parece pensado para situaciones de separación no procedentes de sentencia. Sin perjuicio de

pues sólo así se entiende que en él se hablase de la posibilidad de acordar en sentencia un ejercicio total o parcial de la patria potestad por uno de los cónyuges. De aplicarse a las crisis matrimoniales el artículo 156.5 CC, la solución habría sido precisamente ésta (tiene la patria potestad quien tenga la custodia), con lo cual no tendría sentido configurar en el artículo 92.4 como mera posibilidad lo que en otro precepto aparecería como regla general. Si el artículo 92.4 contemplaba como mera hipótesis la patria potestad exclusiva o distribuida era porque en supuestos de crisis matrimoniales la regla general seguía siendo el ejercicio conjunto. Con lo cual, el artículo 156.5 quedaría relegado a las hipótesis generales del artículo 159 CC, en especial a los casos de separación de hecho (15).

2.2. Con posterioridad a la reforma introducida por la Ley 15/2005.

Tras la Ley 15/2005, el artículo 92 CC se va a ver profundamente reformado, pasando de cinco párrafos a nueve apartados, en los que se conjugan las referencias normativas anteriores a 2005 (párrafos 1 y 3) con otras referencias renovadas en su contenido (art. 92.2, 92.4 ó 92.9 actuales) y con otras previsiones absolutamente novedosas (art. 92, apartados 5 a 8).

La reforma introdujo varias novedades relevantes al abordar la situación en la que quedan los hijos en caso de separación, divorcio o nulidad de sus padres.

2.2.1. *No necesidad de audiencia del menor en ciertos casos.*

Señala el artículo 92, apartado segundo, que “El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”. Como se puede ver, el deber de audiencia de los hijos (si tuvieran sufi-

que, en la de nulidad, separación o divorcio, el Juez así lo acuerde” (sin embargo, en p. 730 parece dudar de dicha afirmación, pues concibe como supuesto de ejercicio individual de la patria potestad los casos de separación o divorcio “siempre que el juez no haya decidido el ejercicio conjunto”, basándose para ello en el art. 156.5 CC), tesis a la que se adhiere SEISDEDOS MUIÑO, A.: *La patria potestad dual*, Lejona, 1988, pp. 340-341, que resalta la idea de que el artículo 92.4 no decía, pudiendo haberlo señalado, que “el atributario del ejercicio exclusivo haya de ser necesariamente el guardián; (...) otra cosa es que en la inmensa mayoría de los casos... el Juez considere que lo más conforme con el interés de los menores es la atribución del total ejercicio de la potestad al cónyuge designado como guardián, y no al otro, pero ello por aplicación del artículo 92.4 y no del artículo 156.5, que resulta innecesario aquí”.

(15) Para un análisis del juego de los artículos 92.4 (precepto que abordaba la cuestión antes de la reforma de 2005) y 156.5 CC, *vid.* SEISDEDOS: *La patria potestad...*, cit., pp. 185-190 y 331 y ss.

ciente juicio y en todo caso cuando fueren mayores de doce años) es sustituido por el más genérico deber del juez de velar por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

La excesiva inconcreción de dicho párrafo se salva mediante el recurso al apartado sexto del propio precepto, en el que se afirma “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor”. Si bien su ubicación sistemática es francamente mejorable, la norma parece aplicable no sólo cuando se decrete la guarda y custodia compartida (16), sino más bien en todo supuesto de atribución de guarda y custodia, lo cual permitiría entender la locución (“en todo caso”) que encabeza el precepto.

No obstante, tampoco es cierto que la previsión del artículo 92.6 CC sea aplicable en todo caso de atribución de guarda y custodia pues, como veremos, la valoración judicial acerca de la necesidad o no de esa audiencia del menor no rige siempre. En concreto, esa mera posibilidad de audiencia está contemplada (y sin que esto signifique que deje de ser criticable, a mi parecer) para los procesos de separación o divorcio consensuales (precisamente, el apartado sexto se refiere a la custodia compartida solicitada de mutuo acuerdo), pero no para los contenciosos, en los cuales podemos decir que el juez deberá, ahora sí en todo caso, oír a los menores que tengan suficiente juicio y siempre si son mayores de doce años.

Para entender el alcance de la modificación legal, especialmente por lo que se refiere a la supresión de la exigencia de dar audiencia a los menores cuya edad fuera superior a los doce años, hemos de acudir al *iter* parlamentario que precedió a la aprobación del artículo 92 CC.

Si atendemos a la justificación de las enmiendas 1 y 64 planteadas en el Congreso frente al texto del proyecto de ley (propuestas por el Grupo Mixto y CIU, respectivamente), enmiendas que no fueron acogidas en su integridad pero que sirvieron para modificar el anterior texto del artículo 92, párrafo segundo, CC, la causa de la modificación legal habría que hallarla en el deseo de evitar daños psicológicos sobre los menores, especialmente cuando se tratase de procedimientos no contenciosos en los que las medidas propuestas por los cónyuges en el convenio regulador fuesen razonables.

Es la misma línea en la que se mueve actualmente el Proyecto de Ley

(16) Es la posición que implícitamente se desprende de la STC 22/2008, de 31 de enero de 2008, que alude al precepto codicial en relación a un supuesto de guarda y custodia exclusiva.

del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, cuando afirma en su artículo 233, parágrafo 8, apartado 4, que: “En l’audiència del menor, l’autoritat judicial ha de complir el principi d’intervenció mínima i pot requerir la col·laboració dels equips tècnics” (17). Aún más explícito era el Anteproyecto de Libro II del Código Civil de Cataluña, que en ese mismo artículo señalaba que: “*Els tribunals garanteixen el dret del menor a que la seva opinió sigui presa en consideració en la resolució que s’adopti. A tal efecte poden recavar suport a l’exploració dels equips tècnics. En tot cas s’ha de evitar la victimització secundària dels menors i s’ha de complir el principi d’intervenció mínima*” (18).

La reforma del artículo 92 CC trató, pues, de evitar esa comparecencia imperativa de los mayores de doce años en procesos en los que era posible que el carácter no contencioso se debiera a la voluntad de dejarlos deliberadamente al margen. En definitiva, se trató de respetar el “derecho a ser oído” sin convertirlo en un “deber de ser oído en todo caso y por razón de edad” (19). Para ello se encomendó al juez la tarea de velar por el cumplimiento del derecho de los menores a ser oídos, otorgándole la facultad de valorar cuándo dicha audiencia será relevante para el resultado final del proceso (20).

En concreto, se considera que si los padres han llegado a acuerdos razonables, la audiencia del menor se convertirá en excepcional (21), y

(17) Cfr. *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, número 384, 19 enero 2009, pp. 48-49.

(18) El texto del Anteproyecto citado se encuentra expuesto públicamente en <http://www.20.gencat.cat/portal/site/Justicia/menuitem.cc15117be9e6a1b6bd6b6410b0c0e1a0/?vgnnextoid=64aba5b1fee33110VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextchannel=64aba5b1fee33110VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextfmt=default>

(19) Como afirma GUILARTE SÁNCHEZ-CALERO, C.: *Comentarios a la reforma de la separación y del divorcio*, Valladolid, 2005, p. 130, se trata de configurar la audiencia “como un derecho del menor y no como una obligación”. La audiencia es un derecho, de modo que si el menor no desea que se le dé audiencia, jamás debería serle impuesta.

(20) Siguiendo así lo dispuesto por el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto, informe aprobado por el pleno el 27 de octubre de 2004.

(21) Mucho antes de la reforma e incluso de la Ley Orgánica 1/1996, REINA, V. - MARTINELL, J. M.: *Propuesta de reforma de la legislación matrimonial*, Barcelona, 1987, pp. 84-85, sugerían la adición al párrafo segundo del artículo 92, del siguiente texto: “en los supuestos de común acuerdo sólo será preceptivo oír a los menores cuando el Juez lo estime conveniente en orden a la aprobación del convenio”, propuesta fundamentada en “agilizar la tramitación, de modo que salvaguardándose el bien de los hijos, la preceptiva presencia de ellos –sobre todo en los planteamientos consensuales–, tantas veces inútil, perjudicial y obstaculizadora de la marcha del proceso, quede más flexibilizada. En una palabra, y dejando a un lado la deprimente y frecuentemente inútil presencia de niños en los Juzgados, si las partes están de acuerdo sobre los hijos, ¿qué posibilidad real tiene el Juez de alterar esos pactos, como no sea de no aprobar en casos excepcionales el mismo convenio? Sólo para este último supuesto se prevé, en consecuencia, la audiencia de menores”.

sólo procederá si de oficio, a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor, el juez la estima necesaria (art. 92.6 CC y art. 777.5 LEC). En cambio, cuando se trate de un proceso de separación o divorcio contencioso o de un proceso de nulidad, la audiencia será ineludible, pues así se desprende del artículo 770.4, párrafo segundo, LEC, no modificado en el año 2005. Es más, la única modificación de esa regla cuarta del artículo 770 se produjo mediante la introducción (en virtud de la disposición final primera, apartado segundo, de la Ley 15/2005, de 8 de julio) de un párrafo tercero a cuyo tenor “en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”. Como se puede ver, se trataba de mantener la audiencia de los menores pero de minimizar el coste personal que para ellos pudiese tener dicha intervención.

Así las cosas, en los procesos consensuados la audiencia del menor se producirá cuando, a petición de las personas descritas en el artículo 92.6 CC, se estime necesaria por el juez. Así sucederá cuando el juez estime el acuerdo extravagante (v. gr. por acordar los cónyuges que la custodia del menor sea compartida con una alternancia domiciliaria de periodicidad diaria en localidades diversas) o aparentemente inconveniente para el menor (22) (v. gr. por acordar los cónyuges el otorgamiento de la custodia del hijo al progenitor que, por razones laborales, se va a ver seriamente dificultado a la hora de ejercer eficazmente esa guarda del hijo). Hipótesis en las que, en apariencia, se podría forzar al menor a declarar y posicionarse no ya contra uno sino contra ambos padres. En realidad, es éste un falso problema, pues la audiencia del menor significa darle la posibilidad de manifestarse y de tener en cuenta su opinión, sin que ello signifique obligarle a valorar la decisión de sus progenitores ni a tomar partido por uno u otro.

Por el contrario, dicha audiencia será imperativa en los procedimientos contenciosos de separación, divorcio y nulidad (23), que son precisamente aquellos en los que el sufrimiento de los hijos puede ser mayor,

(22) En esta línea se manifestaba, ya antes de la reforma, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNA-
RRIAGA, L.: “Las reformas legales que nos esperan”, en *Actualización del Derecho de Familia
y Sucesiones*, Madrid, 2005, pp. 57-58.

(23) Contra, MARTÍN RICO, T.: “Los hijos menores de edad en la Ley de Enjuiciamiento
Civil 1/2000”, en *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Madrid, 2002, p. 262,
quien considera que si la falta de consenso no se produce en torno a la custodia de los hijos,
sino en torno a otras cuestiones como las patrimoniales, en tal caso no procede la audiencia
obligatoria.

por razón del enrocamiento de los padres y del deterioro de la relación entre ellos.

Más allá de consideraciones teleológicas, podemos plantearnos si el nuevo artículo 92 CC respeta el derecho del menor a ser oído, plasmado en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 (24). Dicho precepto reconoce en su apartado primero el derecho de todo menor a ser oído en cualquier procedimiento judicial que le afecte, determinándose en el apartado segundo cómo se puede ejercitar ese derecho de audiencia del menor e imponiéndose en el apartado tercero que la denegación de la audiencia solicitada sea motivada y comunicada al solicitante y al Ministerio Fiscal.

Me interesa detenerme un momento en el artículo 9.2, párrafo segundo, de la Ley Orgánica. Es ésta una norma que ha sido tratada sólo parcialmente por la doctrina (25), pero que a mi parecer resulta clave para entender la coherencia del artículo 92 CC con lo previsto por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

El nuevo régimen codicial permite al juez, en aras de la preservación del interés del menor y del respeto a su derecho a ser oído, prescindir de la audiencia del menor. Así, señala la sentencia 22/2008, de 31 de enero (Fundamento Jurídico séptimo), que el derecho a ser oído no es un derecho absoluto e incondicionado, como revela el párrafo 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor al prever que “No obs-

(24) En opinión de MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, en *Derecho privado y Constitución*, número 19, 2005, p. 189, la nueva redacción del artículo 92 CC supuso un “paso atrás” en el derecho que asiste al menor a ser oído en los procesos judiciales que le afecten. Retroceso que, en opinión del autor, se ve atenuado por la ausencia de alteración del artículo 770.4 LEC para los procesos contenciosos.

(25) GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor”, en *La Ley*, 1996, volumen I, p. 1693, se limita a hablar de la incorrecta equiparación de personas distintas a los padres respecto de éstos o de los tutores, así como a comentar que no nos encontramos ante una representación en sentido jurídico, sino ante la figura del *nuntius*. En la misma línea, ALONSO PÉREZ, M.: “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, en *Actualidad civil*, 1997, volumen I, pp. 25 y 26; JIMÉNEZ LINARES, M. J.: “El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial”, en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, volumen II, año 2000, pp. 886 y 887, o MARÍN LÓPEZ: *op. cit.*, pp. 186 y 187. Ninguno de ellos profundiza en cuáles son los supuestos englobados en esa imposibilidad o inconveniencia para el menor a la que alude el precepto, ni en el sentido último del “podrá conocerse su opinión” que utiliza la norma. A lo sumo, MARÍN LÓPEZ: *op. cit.*, p. 187, afirma que “la imposibilidad de dar audiencia al menor parece referirse a aquellos casos en que, *por motivos que exceden del ámbito estrictamente jurídico*, no cabe esa audiencia” (la cursiva es mía). Por su parte, ALONSO PÉREZ: *op. cit.*, p. 25, se limita a señalar que “en todo caso, parece posible, cuando el menor no esté en condiciones de hacerlo o no convenga a sus intereses, utilizar a sus representantes legales, o terceros, como vehículos transmisores de su propia opinión, con las limitaciones que establece el artículo 9.2.2.º”.

tante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente”.

Es decir, el derecho del menor a ser oído no se traduce necesariamente en una audiencia del menor, pues puede que ésta no sea posible o no convenga al interés del menor. Esta idea enlazaría con la *ratio* antes descrita: no conviene al interés del menor introducir a éste en un procedimiento consensuado en el que poco va a tener que ganar y sí mucho que perder. De ahí que si no es necesaria su audiencia para poder resolver en materia de guarda y custodia, se prescinda de él. Como se ve, la innecesariedad de su intervención se une a la perenne inconveniencia de la misma y ambas justifican que el menor quede al margen de un proceso que le afecta.

El problema es que, a mi parecer, dicho planteamiento no es acorde al artículo 9.2, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996 (26), precepto que no niega el derecho de audiencia al menor de edad con juicio suficiente, sino que se limita a contemplar una audiencia indirecta del menor, a través de persona interpuesta. El artículo 92.6 CC permite al juez prescindir de la audiencia material del menor y de su criterio, aunque dicho menor tenga suficiente juicio. Por el contrario, la Ley Orgánica 1/1996 permite que no exista audiencia directa pero, a mi parecer, impone que el criterio del menor sea conocido, si tuviere suficiente juicio, mediante el conocimiento de su opinión por medio de sus representantes legales o, cuando aquéllos sean parte interesada, a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. Esto es, el 9.2, párrafo segundo, LOPJM no le priva de su derecho a ser oído, sino que utiliza el criterio del interés del menor para matizar la forma en la que debe tenerse en cuenta su opinión (27). Sólo

(26) Opinión sostenida por LINACERO: *op. cit.*, pp. 79-80, que entiende que los artículos 92.2 y 6 son contrarios a la regulación del derecho de audiencia en la legislación específica de menores y en el propio Código Civil.

(27) En este sentido, GUINEA FERNÁNDEZ, D. R.: “Conceptos jurídicos indeterminados en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Murcia, 2004, p. 2273, donde propone que “en lugar de hablar de derecho a ser oído, lo haríamos de derecho a ser conocida su opinión, que transmitiría por sí mismo o por quien designe (presupuesto el suficiente juicio), o si no puede o no le conviene hacerlo, por otros”. Por su parte, TORRES PEREA, J. M.: *Interés del menor y derecho de familia: una disciplina multidisciplinar*, Madrid, 2009, p. 313, tras señalar que “en principio debe darse audiencia al menor como contenido necesario de la vista”, afirma luego que de conformidad con el artículo 9.2, párrafo segundo, LOPJM, si no es posible o conveniente, “se optará por conocer su opinión a través de sus representantes legales o de profesionales, o de perso-

desde esta comprensión del precepto se respeta el artículo 12.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, cuando habla de darle la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial que le afecte “ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado...”.

La interpretación aquí defendida en relación al artículo 9.2, párrafo segundo, LOPJM es totalmente coherente con el planteamiento de una ley orgánica que buscaba redimensionar el papel del menor en el conocimiento y decisión de los asuntos que le afectan. Partiendo del suficiente juicio, presupuesto inexcusable para el ejercicio del derecho de audiencia (y más claramente formulado en el art. 12.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño), se puede discutir la manera en que este derecho de audiencia será ejercitado: directamente, por representante voluntario, por representante legal, o por persona de confianza o especialmente cualificada. Pero resulta indiscutible su derecho a ser oído (o dicho de otro modo, el deber de darle audiencia) cuando tiene suficiente juicio (28).

El interés del menor, que pasa por ser oído en la forma más adecuada e inocua, exige adaptar las formas procedimentales, y a ello se apresta precisamente el artículo 770.4, párrafo tercero, LEC. Prescindir de la

nas de especial confianza, que puedan transmitir objetivamente la opinión del menor”. JIMÉNEZ LINARES, *op. cit.*, p. 873, en cambio, parece dejar simplemente formulada esta idea, que luego no desarrolla, cuando respecto al derecho a ser oído afirma que “el ejercicio directo de tal derecho queda matizado solamente por el propio interés del menor (art. 9), criterio éste al que la Ley dota del rango de principio supremo que ha de regir toda actuación relacionada con un menor de edad”.

(28) La imperatividad de la audiencia contemplada en el artículo 9 LOPJM fue sostenida por el Tribunal Constitucional en la STC 221/2002, de 25 de noviembre (en el dramático caso de la “niña de Benamaurel”), cuando consideró que la menor tenía que haber sido oída por la Audiencia Provincial de Sevilla antes de dictar ésta su auto de 3 de febrero de 2000. Lo cual, si tenemos en cuenta que el Código Civil no prevé audiencia en los casos de cesación del acogimiento y que no resultaba aplicable el artículo 92.2 entonces vigente, sólo se podía justificar desde una interpretación del artículo 9 LOPJM como norma imperativa que, cuando el menor tuviera suficiente juicio (la menor tenía entonces más de trece años), obligaría al órgano judicial a dar audiencia para así hacer efectivo el derecho a ser oído recogido en el citado precepto. En la doctrina, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: “Comentario a la STS de 11 de junio de 1996”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 43, 1997, p. 81, señala que, desde la perspectiva del juez, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 “le obliga a recabar la opinión del menor si tuviere suficiente juicio, procurando que la comparecencia se realice de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo...”, pudiendo recurrir a las personas descritas por el artículo 9.2, párrafo segundo, “con el mismo fin de conocer su opinión”, sólo cuando el ejercicio de ese derecho por sí mismo o por persona por él designada no sea posible o no sea conveniente para el interés del menor. Apostillando en p. 84, con base en que el menor afectado tenía catorce años, que “el Tribunal está obligado a recabar su opinión y, como indica el artículo 9 de la Ley de 1996, a garantizar que pueda ejercitar su derecho, removiendo todos los obstáculos que existan”.

posible suficiencia de juicio para afirmar que no procede la audiencia (de ningún tipo) porque el juez no la estima necesaria es, a mi parecer, distanciarse notablemente del espíritu y del propio texto de la Ley Orgánica 1/1996, con los problemas competenciales y de constitucionalidad subsiguientes.

2.2.2. Tratamiento por separado de la guarda y custodia y de la patria potestad.

El artículo 92, apartado cuarto (antes párrafo cuarto), ha sufrido una importante modificación, al desaparecer la referencia al cuidado de los hijos y a la conveniencia de no separar a los hermanos. En la redacción anterior del precepto se trataban conjuntamente los acuerdos relativos al ejercicio de la patria potestad y al cuidado de los hijos. El actual apartado cuarto se refiere sólo al ejercicio de la patria potestad, dando al tema de la guarda y custodia una autonomía que cobra todo su sentido, pues es perfectamente posible (y nada infrecuente) que el ejercicio de la patria potestad (adopción de decisiones relevantes respecto de los hijos, representación de los hijos, etc.) corresponda conjuntamente a ambos pero que la guarda y custodia se atribuya a uno sólo de ellos.

Además, hay que admitir que el legislador español ha optado por nadar un poco a contracorriente, pues la redacción dada al apartado cuarto significa mantener un término, el de patria potestad, denostado por muchos por razones diversas [desde su vinculación a la idea de exacerbación de la potestad autoritaria del padre, frente a la idea de derecho-deber (29); hasta su carácter discriminatorio, por evocar al padre y no a la madre (30)] y que hoy tiende a ser superado por el Derecho comunitario (31),

(29) Enmienda 10 de Esquerra Republicana de Catalunya (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 15 marzo 2005), cuya justificación se basa en que ya “En la legislación catalana, y a partir de la Ley 12/1996 sobre la potestad del padre y de la madre, desaparece esta denominación esgrimiendo el argumento de que la relación de padres e hijos debe alejarse del principio de autoridad del padre. Asimismo, la denominación de patria potestad resulta impropia de la regulación que se da en el Derecho moderno a esta institución, pues actualmente no se hace referencia a una potestad autoritaria (como lo era en Derecho romano), sino un derecho-función en beneficio de los hijos, cuyo ejercicio corresponde tanto al padre como a la madre”.

(30) *Vid.* GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M.: “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 8, febrero 2006, p. 73, donde se afirma que “Lo que se debió valorar, en un momento en que el legislador está obligado a velar porque las leyes que aprueba no contengan elementos directa o indirectamente discriminatorios, fue el cambio del término «patria potestad» por otro neutral desde la perspectiva de género, pues no cabe duda de que, a pesar de su carácter tradicional o precisamente por él, evoca al padre y no a la madre”.

(31) En este sentido se manifestaba el Reglamento (CE) número 1347/2000, que preveía el reconocimiento mutuo de determinadas decisiones judiciales de responsabilidad parental dic-

por los proyectos de unificación europea del Derecho de familia (32) e incluso por los principales operadores jurídicos españoles en materia de Derecho de familia (33), que prefieren el término “responsabilidad parental”, con el que se cubrirían los deberes y derechos ligados al cuidado del niño y de sus propiedades, incluyendo la responsabilidad de asegurarse de que el niño tiene un hogar, comida y ropa y que recibe una educación, y también la responsabilidad de ocuparse de sus bienes y el derecho a representarlo legalmente. Denostado como también sucede con los términos guarda y custodia o régimen de visitas, por aquello de evocar la existencia de un ganador y un perdedor, sin que, a mi parecer, se logren grandes resultados con tanto edulcorante terminológico.

2.2.3. Regulación de la guarda y custodia compartida.

Con anterioridad a julio de 2005, el Código Civil no contenía referencias a la guardia y custodia compartida. A lo sumo se podía hablar de guarda y custodia conjunta, que tenía lugar cuando ambos padres, ya separados o en trámites de estarlo, seguían conviviendo en el mismo domicilio (34). Supuesto que era también distinto al de división de la vivienda familiar en dos partes, viviendo cada cónyuge en una de ellas, pues en tal caso no habría custodia conjunta, sino rotatoria, pues las decisiones corresponderían en exclusiva a cada progenitor en sus respectivos períodos, pese a la proximidad física y a las seguras estancias en casa de ambos progenitores.

tadas al momento del divorcio o de la separación. Términos que se mantienen en el Reglamento (CE) número 2201/2003, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000, a partir del 1 de marzo de 2005. En dicho Reglamento, en su artículo 2.7 se define el concepto de responsabilidad parental como “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”.

(32) Principios 3:1 y siguientes del texto “Principles of European Family Law”, elaborados por la Commission on European Family Law (<http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>).

(33) Conclusión 3.3 del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, que afirma que “el término patria potestad debe ser sustituido por el de responsabilidad parental, atribuyéndose a la misma el contenido que recoge el Reglamento CE 2201/2003”. *Vid.* DELGADO MARTÍN, J.: “La patria potestad compartida en los procedimientos matrimoniales”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial 130, 2007, p. 165.

(34) Hipótesis que era contemplada por el artículo 87 CC anterior a la reforma de 2005, precepto que hacía referencia expresa al mantenimiento de la convivencia en interés de los hijos, sin que ello fuera óbice para que prosiguiesen los plazos de cese efectivo de la convivencia que se exigían para la separación y el divorcio.

La solución consistente en atribuir una suerte de guarda y custodia compartida, no obstante, sí que había sido aplicada en ocasiones por las Audiencias Provinciales. Se podría señalar como precedente la SAT de Granada de 17 de junio de 1985, que otorgaba al padre el cuidado del hijo durante los períodos de escolaridad, en beneficio de sus estudios y educación, y a la madre los períodos de vacaciones.

Con mayor claridad y más en la línea de lo que hoy se entiende por guarda y custodia compartida (35), la SAP de Madrid de 17 de septiembre de 2002 señalaba que la opción de la guarda compartida en la modalidad de alternancia (madre de domingo mañana a jueves mañana, padre de jueves tarde a domingo mañana) precisa de unos requisitos y exigencias en la posición de los padres tendentes a lograr el equilibrio y estabilidad personal de los menores, teniendo básicamente en cuenta su personalidad, relaciones afectivas, etc. En este caso lo determinante para concederla fue que el hijo presentaba “una problemática especial que requiere el esfuerzo de ambos progenitores lo que durante todos estos años de separación de hecho entre los esposos han sabido hacer actuando de común acuerdo y que la orientación psicológica se centra en una guarda y custodia compartida, que se ve como la salida más beneficiosa para el menor, un modo de compartir a sus padres de manera muy positiva sin que precise que tiene que renunciar a uno ni a otro, enriqueciéndose de ambas figuras”.

Resulta especialmente interesante esta última idea: la guarda y custodia compartida como forma de enriquecimiento del menor al no tener que renunciar a ninguno de los padres. Y resulta interesante por lo que no dice: por la visión implícita del derecho de visitas como la pérdida de un progenitor, visión que justifica la modificación del artículo 103,1.^a CC, suprimiéndose la mención anterior a la “forma en que *el cónyuge apartado de los hijos* podrá cumplir el deber de velar por ellos” y sustituyéndola por “la forma en que *el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos* podrá cumplir el deber de velar por éstos”. En definitiva, por la insuficiencia de la regulación del régimen de visitas para satisfacer el interés del menor, que siempre consistirá en estar con ambos progenitores.

(35) Que en realidad, y más correctamente, debería denominarse guarda y custodia alterna y que, de todos modos, es un concepto complejo y que aglutina diferentes sistemas de custodia de los hijos. Como dice la STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008: “teniendo en cuenta que *bajo la denominación equívoca de custodia «compartida» pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores –partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta–*, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.)”.

Animado por esta idea de búsqueda del interés del menor, por la permanente insatisfacción de los progenitores no custodios (en su inmensa mayoría varones) y por la regulación que ofrecían otros países de nuestro entorno cultural y jurídico (36), el legislador español se decidió a contemplar expresamente en el artículo 92 la guarda y custodia compartida. Esta innovación legal supuso un paso al frente del legislador en la búsqueda de la mejor protección de los intereses del menor, lo cual no obsta para que la contemplación de dicha figura jurídica no merezca un análisis crítico.

La crítica ha de centrarse en la manera en que fue regulada la custodia compartida, pues ese paso al frente del legislador era técnicamente mejorable, se hizo generando algunas paradojas y, además, no zanjó definitivamente la cuestión de la guarda y custodia compartida, al quedar en el aire la repercusión de esta figura sobre otros aspectos personales o materiales presentes en las crisis matrimoniales.

Veamos en qué se fundan las críticas hasta ahora meramente apuntadas.

2.2.3.1. *Deficiente regulación desde un punto de vista técnico.*

Manifestaciones de ello son:

A) El apartado cuarto del artículo 92, con su referencia al convenio regulador y a su contenido. Referencia superflua, pues ya se contiene en el artículo 90, letra A), y porque aquí se trataba de establecer el contenido del pronunciamiento judicial. Es más, hubiera sido conveniente imponer el pronunciamiento expreso sobre la patria potestad, para así evitar la duda (descrita en líneas precedentes) de si aplicar el artículo 156.1 (ejercicio conjunto, como regla general, en materia de patria potestad y como se desprende *a contrario sensu* del art. 92.4 CC) o el 156.5 (ejercicio por el custodio, como regla que rige los casos de padres que viven separados).

B) El apartado quinto, a cuyo tenor “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, *procurando no separar a los hermanos*”.

En realidad, ese deber de procurar la no separación de los hermanos

(36) Para obtener una panorámica general de la guarda y custodia compartida en el Derecho comparado, resulta especialmente útil el trabajo de LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 313-346.

existe con independencia del tipo de guarda y custodia que se adopte. Ubicarla en un apartado referido a la guarda conjunta resulta cuando menos sorprendente (y contrario a lo que sostenía el Código Civil hasta 2005), pues ¿significa *a contrario sensu* que cuando la guarda no sea conjunta, sino que se atribuya íntegramente a uno de los progenitores, resultará aconsejable la separación de los hermanos? Obviamente no debe ser así.

C) El apartado sexto, en el que se afirma que “En todo caso, *antes de acordar el régimen de guarda y custodia*, el Juez *deberá recabar* informe del Ministerio Fiscal, y *oír* a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, *valorar* las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

Nótese que el apartado se enclava entre otros que se refieren a la guarda y custodia compartida. Sin embargo, ¿acaso no debe llevar a cabo la misma actividad cuando se trate de decretar cualquier otro tipo de guarda y custodia? (37). ¿Acaso sólo debe realizar esa conducta cuando las partes lo solicitan, como se deduciría de su antecedente apartado 5? Tampoco parece que ésta sea una solución admisible, pese a que la sistemática de la norma pueda hacer pensar lo contrario.

D) El apartado séptimo: “No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de *indicios fundados de violencia doméstica*”.

En este caso, las preguntas que podemos formularnos son múltiples: ¿por qué esos delitos contra el cónyuge y los hijos y no contra cualquier otra persona, que puede ser incluso un familiar diferente que conviva en el mismo hogar? ¿Por qué esos delitos y no los relativos al incumplimiento de los deberes paterno-filiales? (38). ¿Por qué se refiere a la improce-

(37) Como afirma LINACERO: *op. cit.*, p. 77, el artículo 92.6 CC es un precepto aplicable a cualquier modalidad de guarda, pues si invocamos su aplicación “exclusivamente a los supuestos de guarda conjunta, como parece desprenderse de su ubicación sistemática (entre los núms. 5, 7 y 8 del art. 92, relativos a la custodia compartida), las previsiones legales del referido precepto orientadas a la idoneidad del régimen de guarda, no tendrían aplicación en el caso más frecuente en la práctica de la guarda atribuida a uno de los progenitores, conclusión a todas luces absurda y contraria al interés del menor”.

(38) En este sentido, *vid.* GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO: *op. cit.*, pp. 99-100, que analizan críticamente los distintos problemas que plantea la redacción del apartado séptimo del artículo 92 CC.

dencia de la guarda y custodia conjunta, y no, como tal vez sería más lógico, a la improcedencia de todo tipo de guarda e incluso hasta del derecho de visitas? (39). Nótese que, en cuanto a esto último, dicha solución enlazaría con la prevista en los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que permiten al juez suspender al inculcado para el ejercicio de la patria potestad, de la guarda o custodia o para el derecho de visitas, respectivamente.

E) El apartado octavo, cuando dispone la *necesidad de informe favorable del fiscal* para que excepcionalmente, aunque no haya acuerdo entre los padres, el juez pueda establecer la guarda y custodia compartida, si cree que ello es lo más conveniente para el menor y si lo solicita una de las partes (evitando de esta manera que la otra parte tenga un derecho de veto sobre ese régimen de custodia compartida).

Semejante previsión, en la práctica, hace que el fiscal tenga en su mano decidir la aplicación o no de la guarda y custodia compartida, atribuyéndosele un derecho de veto que parece más que discutible, pues supondría acotar el margen de actuación judicial. El texto vigente es el resultado de un error reconocido en la votación en el Congreso: el PSOE votó contra sus propias enmiendas, y el texto enmendado que venía del Senado fue finalmente rechazado, aprobándose el originariamente propuesto por el Congreso.

Pese al aparente error, la norma está ahí (40) y debe ser aplicada. De hecho, ya lo ha sido en alguna ocasión, como sucedió en la SAP de Barcelona, sección 12.^a, de 25 de abril de 2008, en la que, si bien no se utiliza como único argumento para rechazar la custodia compartida solicitada por la recurrente, se afirma que “el artículo 92.8 del CC determina la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal, para que el Juez, a instancia de una de las partes, pueda acordar la guarda y custodia compartida, fundamentándola en que únicamente así se protegerá adecuadamente el interés superior del menor, informe del que se carece en autos, habiendo el Ministerio Público, que ha de velar por los intereses de los menores, interesado la confirmación de la resolución recurrida con todos sus pronunciamientos por considerarla conforme a derecho”.

F) El apartado noveno: “El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia

(39) Vid. GUILARTE: *op. cit.*, pp. 165-167.

(40) Es más, sigue estando ahí cuatro años más tarde, lo cual permite poner en duda si se trató o no realmente de un error. El silencio prolongado del legislador a la hora de corregir la norma sólo se puede entender como fruto de una voluntad, originaria o sobrevenida, de reforzar las cautelas frente a la guarda y custodia compartida en caso de discrepancia entre los progenitores, lo que permitiría comprender el papel atribuido al Ministerio Fiscal.

de parte, *podrá recabar* dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”. Nuevamente estamos ante lo que parece que fue un error de votación, pues el texto que debía haberse aprobado era el que provenía del Senado, que establecía que el juez *deberá recabar* ese dictamen de especialistas cuando se trate de guarda alterna.

2.2.3.2. *Ciertas incoherencias en el tratamiento de la cuestión.*

Decíamos en líneas precedentes que la regulación dada a la guarda y custodia compartida muestra aparentemente algunas contradicciones. En este sentido podemos señalar:

A) La relevancia cuantitativa que se da a la guarda y custodia compartida en el enunciado del artículo 92 CC permitiría pensar que la misma se prevé como solución modelo (41), como aquella solución que se estima ideal o general (*contra*, la SAP de León de 22 de febrero de 2008). Da la impresión de que el legislador español parecía estar pensando exclusivamente en la guarda y custodia compartida. Fruto de ello es que sitúe la previsión de no separar a los hermanos al hablar de ella en el apartado quinto y que en el apartado sexto se determine la actividad que debe desarrollar el juez para determinar la guarda y custodia, regulándolo como si ello sólo fuese propio de la custodia compartida.

Sin embargo, pese a lo anterior, en sede de medidas provisionales el artículo 103.1.^a CC dispone que el juez, una vez admitida la demanda y a falta de acuerdo entre ambos cónyuges aprobado judicialmente, determinará “en interés de los hijos, *con cuál de los cónyuges han de quedar* los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que *el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos* podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.

La pregunta es: ¿por qué no ha de poder el juez decretar la guarda y custodia compartida como medida provisional? Si la solicita una de las

(41) Es la posición adoptada por el Proyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, cuyo artículo 233-10, tras afirmar en su apartado primero que la custodia se atribuye en la forma convenida por los padres en el llamado “plan de parentalidad”, salvo que ello perjudique a los hijos, contiene un apartado segundo en el que se afirma: “En cas d’inexistència d’acord o si aquest no és aprovat, l’*autoritat judicial procura, en benefici dels fills, mantenir la responsabilitat parental compartida*, determinant-ne la forma d’exercir-la, atenent els informes dels especialistes dels equips judicials, llevat que la custòdia individual sigui més adient”.

partes, ¿por qué no ha de poder decretar una solución que sí se prevé por el artículo 92.8 en sede de medidas definitivas? En cierto modo, semejante tratamiento legal refleja un cierto miedo a la novedad, pero también la atribución de una mayor valoración a la guarda individual que a la compartida. Solución tan clásica como discutible, al menos en cuanto solución general.

En contraste con dicho posicionamiento, el artículo 233-1 (Mesures provisionals) del ya citado Proyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña señala que: “1. El cònjuge que pretengui demandar o demandi la separació, el divorci o la nul·litat del matrimonial i el cònjuge demandat, en contestar la demanda, *poden sol·licitar a l'autoritat judicial que adopti, d'acord amb els procediments establerts per la legislació processal, les següents mesures provisionals*: a) La distribució de les responsabilitats parentals en vers els fills i, *si no se estableix en forma compartida, l'assignació de la custòdia al progenitor més idoni, en interès del menor*”. Solución que parece más razonable y que, sobre todo, denota una mayor convicción en las bondades de la custodia compartida y una coherente actitud legislativa en pro de la misma.

B) La regulación limita el ámbito de aplicación de la guarda y custodia compartida. Semejante afirmación puede resultar paradójica si tenemos en cuenta que a partir de 2005 se regula expresamente algo que carecía hasta entonces de un régimen jurídico propio y, por tanto, se atribuye al juez una herramienta legal de la que antes carecía. Y efectivamente, así es.

Lo que sucede es que antes de 2005, el juez disponía de la posibilidad de establecer la guarda y custodia compartida cuando le pareciese oportuno para proteger el interés del menor (42). Su intervención no estaba sometida a límite alguno derivado de la legitimación activa ni a ningún informe necesariamente favorable. Así, cabía la imposición, incluso de oficio, de la guarda y custodia compartida cuando en opinión del juez ello fuese lo más adecuado para proteger el interés del menor. Así lo decretó la SAP de Valencia de 1 de septiembre de 1997, en la que se modificó de oficio (el padre recurrente se había limitado a impugnar únicamente la cuantía de la pensión alimenticia y el contenido del régimen de visitas, cuya ampliación solicitaba) el régimen de guarda exclusiva establecida a favor de la madre, para reemplazarlo por uno de guarda compartida.

(42) Como bien recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 31/2008, de 5 septiembre, cuando afirma que con base en el artículo 82.2 del Codi de Família de Cataluña “ha sido posible y sigue siéndolo acordar la guarda y custodia «compartida», sin atenerse a los requisitos establecidos en el artículo 92 del Código Civil... de la misma manera que también lo era en el sistema del Derecho civil común antes de la entrada de la nueva regulación”.

Planteado recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por parte de la madre perjudicada, que alegó que la decisión le causaba indefensión, por cuanto estaba inmotivada, y que resultaba incongruente, por no haberse pedido a la Audiencia Provincial que se pronunciase sobre la guarda y custodia, el Tribunal Constitucional dictó la STC 4/2001, de 15 de enero, en la que se consideraba correcta la actuación de la Audiencia, en la medida que ésta había dictado sentencia guiada por el interés preferente concretado en el beneficio del menor.

En concreto, se afirma que la intervención del juez de familia no se limita a resolver “un simple conflicto de pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara”, sino que en dicho procedimiento “la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes” (Fundamento Jurídico cuarto).

Sin embargo, en la actualidad el apartado octavo viene a señalar que, excepcionalmente, aunque no haya acuerdo entre los padres, el juez puede establecer la guarda y custodia compartida, si cree que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor, si lo solicita una de las partes (43) y si cuenta con el informe favorable del Ministerio Fiscal.

La pregunta es clara: ¿por qué no cabe incluso decretarla de oficio? Si el juez estima que es lo más adecuado para el interés del menor y éste es el criterio preferente a valorar en estas crisis matrimoniales, ¿por qué es necesario que uno de los progenitores lo solicite? La duda, a mi juicio, es si esa exigencia de solicitud por al menos uno de los progenitores resulta acorde al texto constitucional, en concreto al artículo 39 CE, que no parece pensado para otorgar a los hijos una protección de mínimos, sino de máximos. En cierto modo, y siguiendo la terminología utilizada por el artículo 90, párrafo segundo, CC, *es dañoso para los hijos* cualquier sistema de guarda y custodia que no sea el más adecuado para la protección de sus intereses. El legislador no ha de querer algo bueno para los hijos, sino lo mejor. Y no veo por qué el juez no ha de poder establecer la custodia compartida, pese a la falta de petición por uno de los progenitores, si considera que es el mejor de los regímenes de custodia posibles en atención a las circunstancias del caso.

En todo caso, lo cierto es que el actual enunciado legal corta las alas

(43) La SAP de Tenerife de 25 de julio de 2005, aplicando el Derecho anterior, entiende aplicable la custodia compartida si al menos uno de ellos lo solicita. Al no haber sucedido así, revoca la compartida, que se dictó en primera instancia.

al juez a la hora de establecer la custodia en los procedimientos matrimoniales. De hecho, para superar estas restricciones del artículo 92 tendríamos que irnos al artículo 158, apartado 4, CC (“El Juez... dictará: 4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”), precepto ubicado en sede general de patria potestad y custodia de menores y que vendría a cubrir las deficiencias de la concreta regulación de los procedimientos matrimoniales. Todo lo cual no obsta para resaltar el posible carácter antinómico de ambos preceptos.

2.2.3.3. *Ciertas dudas a raíz de la regulación que se ofrece.*

A) En concreto, podemos plantearnos si no debería haberse modificado el régimen legal de atribución del uso de la vivienda familiar.

El artículo 96, párrafo primero, CC señala que “en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, *el uso de la vivienda familiar* y de los objetos de uso ordinario en ella *corresponde a los hijos* y al cónyuge en cuya compañía queden”. La atribución de la vivienda familiar se orienta, pues, por la búsqueda del interés del menor, de modo que permanecen en la vivienda los hijos y el cónyuge al que se atribuya su guarda y custodia. El precepto, que no fue objeto de reforma por la Ley 15/2005, está claramente pensado en clave de atribución exclusiva de la custodia.

Ahora bien, ¿qué sucede si el juez decreta la guarda y custodia compartida? La aplicación del artículo 96 CC daría lugar a un sistema rotatorio de los padres, quienes habrían de cambiar su domicilio para así hacer efectiva la guarda y custodia. Semejante sistema, pese a haber sido ensalzado en alguna sentencia (SAP de Castellón de 4 de octubre de 2005), puede resultar inviable por razones laborales (pues fuerza al padre a trasladarse de domicilio, con la consiguiente repercusión sobre su trabajo, aunque también es verdad que si viviera en otra localidad muy distante el régimen de custodia compartida sería difícilmente viable), personales (sobre todo si el progenitor vuelve a contraer nupcias o forma una convivencia estable *more uxorio*, ya que no parece razonable exigir a la familia una constante mudanza) y económicas [pues implica o bien adquirir o bien alquilar una vivienda por parte de cada uno de los progenitores, para luego utilizarla sólo determinados períodos, lo que multiplica los costes (44)].

(44) La existencia de dos viviendas pertenecientes a los cónyuges es lo que llevó a proponer este sistema rotatorio (por semestres) en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Gijón, de 3 de octubre de 2008.

Muy gráficamente afirma la STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008 que “la atribución del uso del domicilio familiar a la hija menor y que los padres vayan alternando la convivencia en dicha vivienda en cada período temporal que disfruten de la custodia de la hija... no deja de ser una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos, que casa mal con la institución de la guarda y custodia compartida”.

La alternativa es que el uso de la vivienda se atribuya a uno de los cónyuges y que los hijos tengan que moverse de un domicilio parental a otro (cuando ello sea posible, por existir v. gr. proximidad geográfica, teniendo en cuenta que muchas veces no lo será). Esto es, no padres que rotan en torno a unos hijos y a una vivienda, sino hijos que rotan entre los padres. Supuesto que, por otra parte, ha sido hasta ahora el más común, pues se asemeja a lo ya conocido, esto es, a los regímenes de custodia exclusiva acompañada de amplios derechos de visita y estancia con el otro progenitor.

Habrà que examinar caso por caso las circunstancias concurrentes y ver hasta qué punto el interés de los hijos puede justificar el sacrificio de los padres, constreñidos a no tener un domicilio fijo. Ahora bien, lo que sí parece tener sentido es que, en el caso de rotación de los hijos por los respectivos domicilios de los padres, la vivienda hasta entonces familiar se atribuya a su titular. Y es que si los hijos ya no tienen una sede fija (aunque es cierto que pueden volver a necesitarla, si el régimen de guarda varía), no se ve motivo alguno para que el uso de la vivienda se atribuya a persona distinta de su titular.

Lo que parece claro es que si permitimos que la vivienda ex familiar se atribuya a su titular o se liquide, la petición de custodia exclusiva como vía para tener en exclusiva la vivienda no se producirá y se favorecerá la adopción de la custodia compartida.

B) Cómo repercute la custodia compartida sobre el pago de la pensión alimenticia, en concreto, si procede o no su reducción.

En este sentido, cabe destacar la STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008, que señala que, pese a decretarse la custodia compartida, “no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación habrá que tener en cuenta, además y en su caso, las diferencias de ingresos que puedan existir entre los obligados a su pago (art. 267 CF), puesto que, *permaneciendo inalterable la necesidad de los alimentistas, sería contrario a la regla arriba mencionada (art. 82.2 CF) no procurar un cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios*”.

Desde un punto de vista patrimonial, de reparto de las cargas y gastos ordinarios o extraordinarios derivados de la custodia compartida, cabe destacar la solución adoptada por la SAP de Castellón de 10 de abril de 2003, en la que se estableció que los gastos ordinarios de alimentación cotidiana se habrían de sufragar por el que en cada momento ejerciese la custodia y que el resto de gastos se había de cubrir con un fondo común que se iría nutriendo por las partes según lo acordado por el juez en función de la capacidad económica de cada progenitor. Fondo común o caja única que sería administrada, en principio, por ambos progenitores.

C) Cómo repercute sobre la guarda y custodia la constitución de una nueva familia por parte de alguno de sus padres y, en concreto, si se extiende algún deber de guarda a la nueva pareja del progenitor que temporalmente reciba al menor (aunque es ésta una pregunta que resulta también aplicable a la custodia no compartida).

Parece claro que en los períodos en los que el menor deba vivir con el progenitor bínubo (o unido), *de facto* el cuidado de él correrá a cargo no sólo de dicho progenitor, sino también de su nuevo compañero sentimental, razón por la cual no estaría de más precisar *de iure* las obligaciones y responsabilidades que éste asume.

A tal efecto, es de gran interés la SAP de Barcelona de 17 de abril de 2008, en la que se afirma que “la Sala quiere significar que, entre las varias funciones del progenitor custodio se encuentra la de lograr, fomentar y potenciar la relación de los hijos con el otro progenitor, para que así éstos, con la triangulación absolutamente necesaria puedan lograr un adecuado desarrollo psicológico de su personalidad. El/la/los/las hijo/a/os/as debe/n conocer e interiorizar las *figuras que corresponden a sus padres biológicos, tanto la paterna, como la materna*, las cuales *no deben ser nunca sustituidas, ni suplantadas, por las de las nuevas parejas sentimentales de uno u otro*, ... cada persona tiene un rol concreto dentro de la familia, el cual debe quedar fijado y establecido con absoluta claridad para *la menor, quien debe asimilar que los respectivos compañeros sentimentales de sus progenitores, por bien que actúen correctamente y muestren cariño hacia ella, no son más que la nueva pareja de su padre o de su madre biológica y que estos últimos, tanto uno, como otra, nunca dejarán de ser, ni perderán la condición de progenitores*”.

Conscientes del problema y de la necesidad de darle una solución, el legislador catalán lo ha abordado en el artículo 236-14 del tantas veces citado Proyecto de Ley catalán sobre el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, donde se afronta la situación de las familias reconstituidas y de las facultades del cónyuge o de quien convive en pareja estable con el progenitor que tiene atribuida la custodia del hijo. Facultades que se concretan en el derecho a participar en la toma de decisiones sobre la

vida cotidiana del hijo (si bien en posición de inferioridad, pues en caso de desacuerdo prevalece el criterio del progenitor) y en la adopción en exclusiva de aquellas medidas urgentes que sean necesarias para la protección del menor en caso de riesgo inminente, lo que forma parte, sin duda alguna, del contenido típico del deber de custodia. Esta *custodia material extendida* decaerá cuando fallezca el progenitor que ostentaba la custodia exclusiva del hijo, provocando la recuperación de la misma por parte del otro progenitor, a menos que el cónyuge ahora viudo o el integrante de la pareja así disuelta solicite la custodia del hijo, con quien debe haber convivido al menos durante los últimos tres años, junto a las funciones correspondientes a la potestad parental (45).

Se trata de una norma pendiente aún de aprobación definitiva y seguramente mejorable, pero cuya virtud principal reside en ofrecer una primera aproximación a un problema cuya dimensión práctica es sin duda notable y cuya proyección futura es creciente.

D) Cómo juega el régimen de guarda y custodia compartida en relación con el derecho de comunicación, estancia y visitas.

Así, el artículo 90, letra A), exige que en el convenio regulador se prevea “El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, *en su caso*, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”. Las dudas surgen precisamente por la expresión “en su caso” que precede al inciso final del precepto, relativo al régimen de comunicación y estancia que opera como reverso de la guarda y custodia. Expresión que no deja de ser curiosa.

Aparece por primera vez en el texto aprobado por el Senado (46), sin

(45) Cfr. *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, número 384, 19 enero 2009, p. 62. Article 236-14. Facultats del cònjuge o convivent en parella estable del progenitor que té la custòdia del fill o filla

1. El cònjuge o convivent en parella estable amb el progenitor que té la custòdia del fill o filla té dret a participar en la presa de decisions sobre els assumptes de la vida diària del menor, mentre visqui amb el progenitor i amb el fill o filla.

2. En cas de desacord entre el progenitor i el seu cònjuge o convivent en parella estable preval el criteri del progenitor.

3. En cas de risc imminent per al menor, el cònjuge o convivent en parella estable del progenitor que té la custòdia del fill o filla pot prendre les mesures necessàries per al benestar del fill o filla informant-ne el seu cònjuge o convivent sense demora.

4. En morir el progenitor que tenia atribuïda la custòdia de manera exclusiva, l'altre progenitor la recupera. Tanmateix, si l'interès del fill o filla ho justifica, el cònjuge o convivent en parella estable del progenitor difunt pot demanar a l'autoritat judicial que se li atribueixi la custòdia amb les funcions corresponents a la potestat parental, sempre que hagi conviscut amb el menor durant els últims tres anys. En aquest procediment s'ha d'escollar el progenitor que no tenia atribuïda la custòdia.

(46) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, serie II, número 14-f, de 29 de junio de 2005.

que hasta ese momento hubiese existido una enmienda o un informe de la ponencia en el que se hiciese referencia al mismo. Y eso que su mera presencia puede ser significativa, pues, ¿qué quiere decir *en su caso*? Aparentemente, significaría que, cuando proceda, habrá de regularse el antes denominado derecho de visita. Derecho que, por tanto, podría no resultar procedente. Ahora bien, ¿cuándo no resultará procedente? Nótese que no decimos cuándo resultará improcedente para el juez que decida sobre la materia, sino cuándo resultará improcedente o simplemente no hará falta que los cónyuges lo establezcan en el convenio regulador.

Si la custodia fijada tuviese carácter exclusivo, la no determinación de un régimen de visitas sería improcedente, pues no parece que las partes puedan renunciar al mismo, ya que se trata de un derecho del hijo a comunicarse con su progenitor no custodio, no de un derecho subjetivo de éste. Será el juez, en virtud del artículo 94 CC, el que en aras del interés del hijo podrá privar a uno de los cónyuges del comúnmente denominado derecho de visita. Pero ello será contenido de la resolución judicial, no del convenio regulador.

Si la custodia fijada fuese compartida, ¿estamos ante el caso al que se refiere el artículo 90, letra a), CC? ¿Es entonces cuando no procede o no es necesario pactar ese régimen de comunicación y estancia con el no custodio, precisamente por no haber progenitor no custodio? En mi opinión, dicho planteamiento no es correcto, al menos con carácter general, y ello por varias razones.

En primer lugar, porque compartimenta el ejercicio de la custodia y las relaciones del hijo con ambos padres, lo que entiendo que va contra el espíritu que animó la introducción de la figura de la custodia compartida, que no es otro que el de permitir que el hijo tenga en todo momento dos referentes paternos. Esto es, que ambos padres sean guardadores y que ambos sean titulares del derecho de visita, alternándose en el ejercicio de uno y otro derecho (derecho-deber, pues tanto en la custodia como en la visita el verdadero titular de un derecho es el hijo).

Y en segundo lugar, porque a lo sumo sólo es factible en un régimen de custodia compartida en el que los períodos de rotación sean de muy corta duración (47), pero no en los casos que posiblemente serán más fre-

(47) En este sentido, señala SEISDEDOS MUÑO, A.: "Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: Primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)", *Aranzadi Civil*, número 22/2005, p. 2397, que la incorporación de la locución *en su caso* "guarda relación, probablemente, con la figura de la custodia compartida, que, como veremos, ha quedado expresamente admitida en el nuevo articulado del Código. Pues según cómo se organice la convivencia de los cónyuges con sus hijos, puede no resultar necesario el establecimiento de un régimen de visitas (por ejemplo, si dicha convivencia se distribuyera según una cadencia semanal)".

cuentes: los de distribución por quincenas o meses alternos o incluso por períodos más amplios. En tales casos de custodia compartida, no prever un régimen de comunicación y estancia me parece francamente un grave error.

E) Cómo juega el régimen de guarda y custodia compartida en relación con la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos.

El artículo 1903 CC y su imposición de responsabilidad a los padres por los daños causados por los hijos bajo su guarda estaba pensado más en clave de patria potestad que de estricta guarda. Aquella englobaba a esta última, razón por la cual respondía quien tenía la patria potestad. Ahora bien, la existencia de crisis matrimoniales o la atribución a un solo progenitor extramatrimonial de la custodia (dictándose un ejercicio compartido de la patria potestad) exigen identificar como sujeto responsable a quien materialmente tenga a su cuidado y bajo su guarda al hijo causante del daño. Y ello parece que en cada momento, esto es, atribuyendo la responsabilidad al no custodio cuando el daño se produzca durante el período de estancia con él.

No habría estado de más que la Ley 15/2005 hubiese abordado también este problema en relación con la guarda y custodia compartida, sobre todo con el fin de evitar el confucionismo que se deriva del término custodia compartida, que puede evocar una cotitularidad de la custodia y puede dar a entender que existe una responsabilidad solidaria de los progenitores (y no sólo del que en ese momento fuera custodio).

F) Por último, cabe plantearse una pregunta: ¿acaso no se asemeja la custodia compartida a un régimen de custodia exclusiva con un amplísimo derecho de estancia, comunicación y visitas?

La proximidad entre ambas figuras, especialmente si tenemos en cuenta la tendencia a aplicar generosamente el derecho de visitas en aras del *bonum filii*, había sido ya puesta de manifiesto en alguna ocasión por la denominada jurisprudencia menor, que había considerado la custodia exclusiva con un amplio régimen de visitas como un primer paso hacia la compartida (48).

Para mejor apreciar cuán tenue es la línea separadora de ambas figuras podemos fijarnos en la SAP de Barcelona de 25 de abril de 2008. En ella se deniega parcialmente la petición subsidiaria de ampliación del ré-

(48) Vid. SAP de Madrid de 7 de octubre de 2005, que afirma que es casi una compartida; SAP de Barcelona de 26 de abril de 2004. En la doctrina, vid. IVARS RUIZ, J.: *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil: aspectos procesales y sustantivos: doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2007, pp. 153 y siguientes, con abundante relación de sentencias en este sentido y también en sentido contrario a la ampliación del régimen de visitas, por asemejarse entonces el régimen de guarda exclusiva a un sistema de custodia compartida.

gimen de visitas mediante la pernocta los días que correspondía la visita (que se había decretado que fueran los martes, miércoles y jueves), pues se entiende que lo pedido por la apelante “situaría la relación en una custodia compartida de hecho, que no se ha valorado procedente y podría desestabilizar al menor”. Pero sí “considera esta Sala pertinente fijar pernocta la tarde de los miércoles, de forma que la madre deberá reintegrar al menor al centro escolar los jueves por la mañana, pues así se ampliará la relación materno filial, permitiendo compartir rutinas y hábitos propios de los días laborables, lo que contribuirá al mayor estrechamiento de la misma”.

Esto es, la diferencia entre una custodia exclusiva (con régimen amplio de visitas, eso sí) y una custodia compartida *de facto*, reside sólo en dos pernoctas semanales (49). Ciertamente, habrá que convenir que las instituciones están muy próximas entre sí y que conducen a soluciones que pueden ser igualmente protectoras para los hijos (50). El origen del problema reside en buena medida en el ámbito semántico: resulta difícil precisar qué es la custodia compartida, lo que da lugar a problemas de calificación del régimen de custodia acordado (51).

En definitiva, cabe preguntarse si en el reconocimiento legal de la custodia compartida no late algo de mito. Más en particular, si en ella no se

(49) En el caso resuelto por la SAP de Madrid (secc. 22.ª) de 27 de diciembre de 2007 la pernocta intrasemanal era de dos días (lunes y miércoles), pese a lo cual se considera que el régimen establecido en la sentencia de instancia de custodia exclusiva a favor de la madre y de amplio régimen de visitas para el padre no debe ser modificado, como pedía la parte apelante, por otro de custodia compartida por períodos alternativos por cursos escolares, alegándose para rechazar la custodia compartida que el Ministerio Fiscal no informó favorablemente y que el informe psicológico practicado concluye que convendría mantener un reparto de estancias de la menor acoplado a la disponibilidad de uno y otro progenitor para atenderla. A mi parecer, puede que no resultase procedente el régimen de custodia compartida en los términos solicitados, pero parece difícil negar que la custodia exclusiva ratificada por la Audiencia distaba muy poco de un régimen de custodia compartida.

(50) En este sentido, GUILARTE: *op. cit.*, p. 163, al abogar por la custodia alterna sólo en caso de pacto, propone con carácter general el respeto al pacto, ya sea para la custodia alterna o para la exclusiva. Y en el caso de que se pacte exclusiva y el interés reclamara la alterna, “su preservación pasaría por fijar un amplio régimen de comunicación y estancia que, en último término, reporta similares ventajas a la alternancia en la guarda”. LINACERO: *op. cit.*, p. 71, tras señalar en varias ocasiones las dificultades y el perjuicio que para la estabilidad del menor supone habitualmente la guarda y custodia compartida, propone como solución alternativa que permita conciliar los distintos intereses en juego la ampliación del régimen de visitas, estancias o comunicación.

(51) Buena muestra de ello es el caso resuelto por la SAP de Málaga (secc. 6.ª) de 2 de julio de 2007, que revoca la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Málaga, admitiendo el mismo régimen de custodia y visitas dictado por éste (“régimen amplio y tremendamente flexible de visitas y comunicaciones”), pero no denominándolo guarda y custodia compartida, como hace la resolución recurrida, sino guarda exclusiva con un amplio régimen de visitas.

ha primado una función satisfactiva de determinados colectivos (cuyas expectativas son perfectamente legítimas, conste) y una función educadora de la sociedad, neutralizadora de las desavenencias y reductora de la conflictividad familiar (52). Esto es, si no hemos creado y magnificado una figura jurídica para conseguir unos resultados que a la postre eran perfectamente obtenibles por otras vías.

3. La guarda y custodia de los hijos al margen de los procesos matrimoniales

Pese a la profunda reforma introducida en el Código Civil por la Ley 15/2005, los preceptos relativos a la patria potestad y a la guarda y custodia de hijos en casos de ausencia de procesos de separación, divorcio o nulidad continúan teniendo la misma redacción que antes de dicha ley. Así sucede con la norma de referencia en materia de guarda y custodia, el artículo 159 CC, a cuyo tenor: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

Podría pensarse que la reforma de este artículo resultaba innecesaria. Con anterioridad a la Ley 15/2005, la protección que dispensaba el artículo 92 y la que otorgaba el artículo 159 CC eran similares, lo cual resultaba lógico pues el artículo 159 CC aparecía como un precepto de ámbito subjetivo más extenso que el artículo 92 CC. Este último se circunscribía a los hijos matrimoniales y a la guarda y custodia resultante de las crisis matrimoniales. Sin embargo, ello no significaba que el artículo 159 se limitase a los hijos extramatrimoniales, pues era también posible su aplicación a los hijos matrimoniales, como sucedía cuando los padres se separaban de hecho, ya que al no existir entonces un proceso judicial destinado a la relajación o disolución del vínculo, no procedía la aplicación del artícu-

(52) Pues, como dice la STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008, “la llamada «custodia compartida» o conjunta por ambos progenitores... coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes; y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación pater-filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos”. En la misma línea, la SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007 señala, entre las ventajas que presenta la opción por la custodia compartida, que “los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor”.

lo 92 CC. Dicho de otro modo, el artículo 159 CC llegaba donde no llegaba el artículo 92, ofreciendo ambos sustancialmente la misma regulación.

En la actualidad, tras la reforma del año 2005, se percibe un distanciamiento entre ambos preceptos, que parecen ofrecer un grado de protección diverso. Con ello no me refiero a la nueva regulación de la audiencia del menor ofrecida por los apartados segundo y sexto del actual artículo 92, regulación que se desmarca de la que se mantiene en el artículo 159 CC. Y es que el supuesto de hecho del artículo 159 CC está previsto para la intervención judicial motivada por el desacuerdo de los progenitores, lo que puede identificarse con los procedimientos no consensuales de separación o divorcio, para los cuales el artículo 770.4 LEC sigue exigiendo la audiencia de los hijos si tuvieran suficiente juicio y en todo caso si fueren mayores de doce años, en regulación idéntica a la del artículo 159 CC.

Ahora bien, el alejamiento entre ambos preceptos se percibe precisamente en materia de guarda y custodia compartida, pues el artículo 159 CC no prevé nada al respecto, ni por tanto establece un régimen de cautelas para la adopción de la misma, cosa que sí está prevista en los casos de crisis matrimoniales. No puede alegarse en descargo del legislador que el propio punto de partida del artículo 159 CC (la falta de acuerdo entre los progenitores) impide la custodia compartida. Y ello porque, aunque jurisprudencialmente se aconseje la necesidad de acuerdo entre los progenitores respecto de dicho régimen y un suficiente grado de entendimiento y de cordialidad para que el mismo pueda ser efectivo (53), no es menos cierto que el artículo 92.8 CC admite, siquiera sea excepcionalmente, que se decrete la custodia compartida a instancia de una sola de las partes.

Solución que, sin embargo, no se desprende del artículo 159 CC, precepto que está redactado con mentalidad clásica: guarda exclusiva y visitas para el no custodio. La pregunta surge de inmediato: ¿por qué no aplicar los apartados 6 a 9 del artículo 92 CC a la atribución de la guarda y custodia de los hijos de filiación extramatrimonial o a los hijos matrimoniales en caso de separación de hecho? ¿Por qué no aplicarles el sistema de cautelas previsto por este precepto?

Si lo que se busca es establecer el régimen de guarda y custodia que sea más beneficioso para los hijos y si además éstos no pueden ser discriminados por razón de filiación, ¿por qué establecer normas diversas en

(53) Entre las últimas sentencias que se posicionan en este sentido, cabe destacar la STSJ de Cataluña 2/2007, 26 de febrero; SAP de Murcia, 22 de enero de 2008; SAP de Castellón, 25 de enero de 2008; SAP de Madrid, 29 de enero de 2008; SAP de León, 22 de febrero de 2008, y SJPI número 6 de Girona, 2 de junio de 2008.

uno y otro caso? ¿Por qué aplicar una normativa novedosa y especial a los hijos cuyos padres inician un proceso de divorcio o separación y no aplicarla o no preverla cuando se trata de hijos de progenitores no casados o casados pero separados de hecho?

Parece que será necesaria una interpretación sistemática de la regulación de la guarda y custodia para, poniendo en relación el artículo 159 CC con el 92 CC y con el 158.4 CC, poder decretar también en estos casos la custodia compartida, y llegar así a donde el legislador no ha llegado con su reforma (54). En definitiva, la protección de los intereses de los hijos exigirá invertir la regla, esto es, convertir los criterios del artículo 92 (precepto específico, previsto sólo para crisis matrimoniales) en generales y aplicarlos a todo caso de atribución de la guarda y custodia.

Por otra parte, más allá de la tarea interpretativa que acabamos de señalar, sigue habiendo algo de insatisfactorio en el artículo 159 CC que, en comparación con el artículo 92 CC, desplaza a un segundo plano al juez.

Es cierto que una situación y otra son totalmente diferentes. En los supuestos regulados en el artículo 92 CC, se pasa de una regulación legal de la patria potestad y del cuidado de los hijos, en ambos casos conjunto, a una necesaria determinación judicial de cómo queda cada una de tales facultades. La relajación o disolución del vínculo es la ocasión idónea que encuentra el legislador para que el juez intervenga en la fijación de qué régimen de patria potestad y de custodia es mejor para el hijo. Nótese cómo lo pactado por las partes no basta *per se*.

En cambio, en los supuestos del artículo 159 CC, la custodia y como consecuencia de ello el ejercicio de la patria potestad, derivan del acuerdo de voluntades entre los padres que viven separados y sólo a falta de

(54) En la SAP de Guipúzcoa de 5 de junio de 2002 se admite que dentro del artículo 159 podría tener cabida la custodia compartida. Es más, de hecho se produjo dicha situación hasta que se judicializó el asunto. Así, en el Fundamento Jurídico 5.º afirma que "En relación a las cuestiones que hacen referencia al fondo del asunto, solicita el recurrente que se acuerde que la guarda y custodia de la menor sea compartida entre ambos progenitores. Como indica dicho recurrente, *no se considera que el artículo 159 del CC suponga un obstáculo a dicha atribución compartida, pero sí el interés de la menor*, que, como indica la sentencia apelada, sufriría ante los continuos cambios de hábitos, espacios y entornos que dicha guarda y custodia compartida conllevaría y que podrían afectar negativamente al equilibrio necesario para su desarrollo emocional, máxime habida cuenta del enfrentamiento que se advierte entre los litigantes, que les ha llevado a interponerse denuncias recíprocas ante la jurisdicción penal. *Que las partes hubieran intentado anteriormente dicha custodia compartida, de hecho, nada supone de relevancia, por tratarse de una materia no sometida al principio dispositivo de los litigantes, porque indica la parte actora que dicho intento no resultó satisfactorio y porque el propio demandado-reconviniente mostró conformidad en la pieza de medidas provisionales con que la guarda y custodia de la menor se otorgara en exclusividad a la madre*".

éste o cuando se pida la modificación de lo previamente convenido o cuando se considere necesario de oficio o a instancia de algún pariente, del Ministerio Fiscal o del propio hijo (art. 158.4), intervendrá el juez. Dicho de otro modo, mientras los padres se muevan en el terreno del acuerdo, el juez no intervendrá: no porque se mantenga al margen, sino porque desconocerá la situación del menor.

La pregunta es, ¿no se está acaso dispensando al hijo en el que piensa el artículo 159 CC una protección menor que la que se dispensa al hijo en las situaciones de crisis matrimonial judicializada? Superada la antigua redacción del artículo 159 CC y su preferencia por la madre cuando el hijo tuviera menos de siete años (solución suprimida tras la Ley 11/1990, de 15 de octubre), posiblemente una de las mayores injusticias actuales en materia de guarda y custodia se da al considerar el acuerdo de voluntades entre los padres como suficiente en unos casos (art. 159 CC, en los que la ley admite que dicho acuerdo cierre la puerta, de momento, a la intervención judicial) y como no vinculante en otros (los del art. 92 CC). Es cierto que en los casos del artículo 159 CC es posible una intervención del juez en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 158.4 CC. Sin embargo, esa intervención será siempre *a posteriori*, cuando el daño causado al menor puede ser ya notable.

En el fondo se trataría de regular de modo uniforme el ejercicio de la patria potestad y el cuidado material de los hijos, materia ésta que difícilmente puede hacerse depender del estado matrimonial o no, de crisis o no, de los progenitores. Ello exigiría una intervención del legislador que podría traducirse, en aras de la protección de los menores, en el establecimiento de una obligación legal de promover, en los casos de determinación de una filiación extramatrimonial e incluso en los de separación de hecho, un proceso o un expediente en el que se resolviese necesariamente la situación de los hijos y en el que se controlase judicialmente el acuerdo propuesto por los padres.

PATRIA POTESTAD Y ABANDONO Y DESINTERÉS DE UN PROGENITOR POR EL HIJO

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada de Familia.

Doctora en Derecho.

*Miembro de la Asociación Española
de Abogados de Familia*

Introducción al tema

La patria potestad es, tal como se considera en el Código Civil en la actualidad, una función que ha de ser ejercida en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, comprensiva de los siguientes deberes y facultades:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º Representarles y administrar sus bienes.

El artículo 154 de nuestro Código Civil expresa, asimismo, que los padres podrán corregir, razonable y moderadamente, a sus hijos y recabar, en el ejercicio de su potestad, el auxilio de la autoridad.

A la vista de lo expuesto, hoy en día, como no podía ser menos de acuerdo con la evolución experimentada en el Derecho de Familia en España, a la patria potestad se la instituye como una función específicamente concebida en beneficio del menor. El carácter tuitivo de la patria potestad aparecía, en cambio, fuertemente destacado con anterioridad a las reformas del Derecho de Familia operadas en 1981.

Hay que partir, a la hora de enfocar el tema de la privación de la patria potestad, de una consideración doble, tal como ha sido puesto de relieve, con gran agudeza, por Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ (1): En primer lugar, la posibilidad de que el despojo a los titulares de su potestad paterna pueda hacerse depender tanto de un resultado (“ponga”), como de la creación de una situación de riesgo para el menor (“pueda poner en peligro”).

En segundo lugar, la intuición acerca de lo que debe entenderse por “deberes inherentes” a la patria potestad, a los que, desde 1981, se va a referir el artículo 170.1.º del Código Civil, en conexión íntima con el artículo 154, ya citado, del mencionado corpus legal.

Desde el punto de vista constitucional, es evidente que el interés del menor se desprende, con claridad, del artículo 39.4 de la Carta Magna (“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”), así como del apartado 3 del mismo artículo 39 (“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, y en los demás casos en que legalmente proceda”).

Situaciones o circunstancias que influyen en el tema de la patria potestad: la despreocupación de uno de los progenitores

No se puede negar que, en la actualidad, hay una gran diversidad de situaciones, de circunstancias y hechos que pueden incidir, en mayor o menor medida, en el complejo y delicado tema referido a la patria potestad.

En primer lugar, hay que diferenciar dos conceptos: ostentar la patria potestad, de un lado, y ejercerla, de otro.

Por lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, la Ley permite que la realización de las funciones que integran esta institución corresponda a uno sólo de los titulares de la patria potestad. Aquella persona que, sin ser privada de la patria potestad, carezca del poder para cumplir sus deberes y derechos, ostentará la patria potestad, pero carecerá de su

(1) CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: *La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2000.

ejercicio. Pensemos, por ejemplo, en la situación de unos progenitores separados o divorciados y que, en la resolución judicial, no se haya determinado nada al respecto en relación con el tema de la patria potestad. Es evidente que, aquí, el ejercicio de la misma sólo va a corresponder al conviviente, ex artículo 156 *in fine*: “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

La titularidad de la patria potestad podría definirse con referencia a la cualidad o condición de sujeto activo de la función, que, en relación con los hijos menores no emancipados –o, en su caso, sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada–, le es atribuida al progenitor respecto del cual se haya determinado la filiación, salvo cuando ésta haya sido judicialmente determinada contra su oposición, tal como establece el artículo 111.2.º del Código Civil, o aquél haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme (art. 111.2.º del Código Civil).

Es decir, con carácter general, la patria potestad va a corresponder, por lo que respecta a su titularidad, a ambos progenitores, aunque no convivan, salvo el supuesto de privación, ex artículo 170 del Código Civil. La titularidad no admite gradación: se tiene, o no se tiene.

Como ha expuesto J. M. PRADA GONZÁLEZ (2), con independencia de quien la ejerza, los progenitores que, teniendo los derechos y obligaciones de la patria potestad, no la ejercen, sin haber sido privados de ella, están en una situación similar a la de la suspensión de la patria potestad en la anterior redacción del Código Civil y, en principio, se verían privados de todas las funciones de ella, lo que significa que, cuando el Código habla de “los padres que ostenten la patria potestad” o simplemente de “los padres” para atribuirles la representación o administración de los bienes de sus hijos, se está refiriendo, en concreto, a los padres que, conforme a lo establecido en el artículo 156, ejercen en concreto la patria potestad.

Naturalmente, siempre en aras del beneficio, o interés del hijo menor de edad, los padres pueden ser suspendidos en el ejercicio y privados de la titularidad y, siempre en interés de los menores, ser restablecida la patria potestad en ellos.

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA contempla, como un supuesto distinto al mencionado, el de la exclusión, por imperativo legal, en el

(2) PRADA GONZÁLEZ, J. M.: “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, 1982.

artículo 111 del Código Civil (3). En este precepto se establece que, aunque el hijo no ostentara el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal, “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 estos supuestos, tal como ha expresado ZARRALUQUI, de manera sorprendente no es de aplicación el principio del beneficio, o interés, del hijo menor, manteniéndose, sin embargo, las obligaciones del progenitor de velar por los hijos y prestarles alimentos.

Hay que resaltar que estas restricciones dejarán de producir efecto por determinación del representante legal del hijo –el otro progenitor, o el tutor, en su caso–, con aprobación judicial.

También van a cesar las limitaciones cuando así lo quiera el propio hijo, una vez alcanzada la plena capacidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, hoy en día, pero no siempre fue así, la patria potestad no es, propiamente, un derecho subjetivo, sino una potestad que el Derecho Positivo atribuye, con carácter indisponible, a los progenitores en cuanto medio para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo. Gracias a esta moderna visión de la patria potestad, puede afirmarse que constituye una institución específicamente concebida en beneficio del hijo menor. De este modo lo han entendido diversos autores en nuestro país (4).

Sin embargo, algunos juristas, como Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ (5), han puesto de manifiesto, con agudeza, que, tanto en nuestra doctrina, como en nuestra jurisprudencia, con carácter general, la patria potestad ha tenido un carácter tuitivo, que se destaca incluso con más énfasis en la legislación anterior a las Reformas del Derecho de Familia por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. En este sentido, una interesante sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de julio de 1975, declaró que “... la patria potestad tiene hoy un indudable carácter de función tutelar, como establecida en beneficio de los hijos, según declaran, entre otras, las Sentencias de 3 de marzo de 1950, 23 de junio de 1965, 18 de

(3) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres”, en *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Ediciones Dykinson, Madrid, 2004.

(4) La doctrina, mayoritariamente en nuestro país, mantiene esta tesis.

(5) CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: obra citada.

febrero de 1969 y 5 de octubre de 1973, y, por ello, cuando la conducta de los padres ponga o pueda poner en peligro la formación o educación moral del hijo, cabe privar o suspender a aquellos del ejercicio de la patria potestad...”.

De esta afirmación de nuestro Tribunal Supremo, ya lejana en el tiempo, cabe realizar una consideración. En efecto, en primer lugar, cabe admitir la privación de la patria potestad cuando la conducta de los padres, o de uno de ellos, produzca el resultado de poner en peligro la formación o educación moral del hijo. Aquí, lo primero que salta a la vista, y que habría que plantear, es a qué educación moral se está refiriendo la sentencia. Quizá, la confusión provenga de elevar a postulados enraizados en la Moral a los que no son sino principios éticos.

En segundo lugar, cabe, igualmente, admitir la privación de la patria potestad cuando exista, o se dé, la posibilidad de que la conducta de los progenitores, o de uno solo de ellos, ponga en peligro la formación o educación moral del hijo o, en otras palabras, antes incluso de la producción del resultado. Esta segunda consecuencia es, sin duda, más grave que la primera, porque alude, meramente, a una situación de riesgo para el hijo menor. Pero, en todo caso, se trataría, a mi juicio, de una medida preventiva, pensada para evitar los probables daños o perjuicios que un progenitor pueda causar a su hijo.

Hay que tener en cuenta, en todo momento, que el legislador se decantó, a tenor de la normativa del Código Civil, por ofrecer un concepto de patria potestad acorde con la formación integral del hijo, admitiendo que, en determinados supuestos, esta función no pudiera cumplirse adecuadamente por una o varias causas.

La patria potestad, tal como establece el artículo 154 de nuestro Código Civil, ha de ejercerse siempre “en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad”.

El principio del beneficio, o interés, del hijo menor aparece, con carácter general, en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del Menor, de 15 de enero, que hace un pronunciamiento de cierta relevancia en la designación de este principio.

Efectivamente, su artículo 2.º hace esta afirmación: “En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Ya Luis ZARRALUQUI advertía que lo categórico de esta afirmación parece excluir toda ponderación entre los intereses o principios en juego, lo que es evidentemente erróneo (6). Una cosa es que entre intereses igua-

(6) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: “Reflexiones en relación con la guarda...”, artículo citado en nota 3.

les o, al menos semejantes, prime el del menor sobre otro cualquiera, y otra cosa bien distinta, y contraria al ordenamiento jurídico, sería que el interés del menor, por insignificante que fuera, se antepusiera al de un mayor de edad, de muy superior valor. En cualquier caso, el precepto citado está redactado así y, hasta el momento, no se ha modificado.

La Constitución Española de 1978, en el capítulo III del título I, "Los principios rectores de la Política Social y Económica", hace mención, en primer lugar, a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

Esta protección integral del menor trasciende nuestras fronteras y está establecida en los Tratados Internacionales ratificados por España, especialmente por la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor de edad. Se trata de una nueva visión de los problemas del menor de edad, marcada por un nuevo concepto de la patria potestad.

El menor de edad lo es siempre el menor de dieciocho años, tal como establece el artículo 1.º de la Convención.

Este Pacto Internacional, en su artículo 9.º, concreta la aplicabilidad del criterio del interés superior del niño en relación con el derecho que éste tiene de permanecer junto a sus progenitores. El número 1.º del citado precepto expresa que las instituciones y autoridades (se refiere a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, a los Tribunales, a las autoridades administrativas u órganos legislativos) deben velar porque el menor no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, consignando únicamente una excepción: a reserva de que tal separación sea necesaria por el interés superior del niño. Esta excepción se extiende, en el número 3 de este precepto (art. 9.º), respecto del derecho del niño separado de sus padres, o de uno de ellos, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor.

El Convenio Europeo de Luxemburgo, de 20 de mayo de 1980, al regular la lucha contra la Sustracción Internacional de Menores, ratificado por nuestro país el 9 de mayo de 1984, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, incluye, como causa de posible denegación del retorno del menor, en su artículo 10, cuando, por un cambio de circunstancias, incluido el transcurso del tiempo, los efectos del traslado sean contrarios al interés del menor.

El Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, ratificado por España el 28 de mayo de 1987, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, exige, para la restitución del menor, que haya transcurrido menos de un año desde el traslado o retención ilícitos y, frente a la regla general, excepciona el supuesto de que el menor esté integrado en su nuevo medio, los supuestos en que exista un grave riesgo de que la restitución suponga un peligro físico o psíquico, o situación intolerable para el menor, desarrollando el criterio protector del menor en su vertiente negativa de eliminación de perjuicios para él.

Desde el punto de vista histórico-legislativo, la Ley de 13 de mayo de 1981 fue primordial a la hora de concebir esta nueva visión del menor. Se modificó, entre otras instituciones, la regulación de la patria potestad, así como la de la filiación, suprimiendo la distinción entre filiación legítima e ilegítima, lo que, no cabe duda, supuso un importante avance en el reconocimiento de los derechos de los menores, equiparando al padre y a la madre a los efectos del ejercicio de la patria potestad, e introduciendo la investigación de la paternidad.

Hechas estas consideraciones previas, voy a entrar ya en el estudio de la privación de la patria potestad como consecuencia del incumplimiento, por parte del progenitor no custodio, de uno de los deberes inherentes a esta función, consistente en mantener relación y comunicación personal con el hijo. ¿Es esta dejación de este deber causa de privación de la patria potestad?

Para abordar este delicado tema hay que partir de la base legal contenida en el artículo 154 de nuestro Código Civil, ya citado anteriormente, y el artículo 160 del mencionado corpus legal, que establece que “los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores”.

Este derecho de los progenitores tiene un doble contenido: en cuanto derecho, de un lado, y, de otro, en cuanto deber. Es un deber de los progenitores mantener relaciones con sus hijos, no hacer dejación de sus responsabilidades para con ellos, siempre en aras del beneficio o interés del menor.

El tema que planteo ha sido abordado, de manera sintética, por algunos autores preocupados por el Derecho de Familia. En este sentido, cabe citar a Francisco de Asís SERRANO CASTRO (7), que aborda, efectivamente, los problemas imputables al progenitor no custodio, haciendo referencia

(7) SERRANO CASTRO, Francisco de Asís: “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores. Puntos de encuentro familiar”, en *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Ediciones Dykinson, Madrid, 2002.

a la despreocupación o dejación de deberes y responsabilidades. En definitiva, se trata del supuesto en que el progenitor no custodio se desentiende del hijo, o hijos. ¿Cabe privarle de la patria potestad en estos supuestos?

Para Francisco de Asís SERRANO CASTRO, esta despreocupación puede venir motivada por diversos factores, entre los que destaca, precisamente, la propia omisión negligente, e incluso nula asunción, de las responsabilidades y obligaciones que entraña el hecho de ser padre.

Este jurista reconoce que estamos, en la actualidad, en un contexto sociocultural en el que la figura de la madre desempeña un papel primordial en el cuidado, atención y educación de los hijos y, aunque esta concepción se vaya superando, por parte de las nuevas generaciones de padres y madres, dispuestos y comprometidos a participar conjuntamente en ese cuidado, atención y educación, lo cierto es que no resulta extraño encontrar a muchos que ignoran y quieren seguir ignorando todo el sacrificio que significa la crianza de un niño, acentuándose más esa despreocupación *a posteriori*, es decir, no sólo durante la normal convivencia de la pareja, sino tras la separación, o el divorcio, y cuando el cuidado del hijo menor –aunque sea por cortos espacios de tiempo– exige su exclusiva actuación.

Esta situación, o circunstancia, que voy a analizar puede provenir bien del progenitor no custodio, en algunas ocasiones, y, en otras, es el propio hijo el que rechaza la relación y comunicación con el padre o la madre, en su caso.

A través del estudio de nuestra jurisprudencia y, muy en especial, de aquellas sentencias que he podido analizar y que me han parecido más interesantes, paso a examinar la problemática que genera el tema.

La doctrina, en este punto, con Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ a la cabeza (8), ha puesto de relieve que, cuando la ausencia de relación personal del progenitor con el hijo es por un período de tiempo continuado y responde a causas únicamente imputables a la voluntad del progenitor, debe acordarse la privación de la patria potestad.

Es ésta una tesis que, sin duda, me parece acertada y que está bien fundamentada, teniendo en cuenta que el amor hacia un hijo debe verse reflejado en un comportamiento de cercanía física, de relación afectuosa, que, evidentemente, no se cumple en los supuestos de distanciamiento y abandono.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 entró a resolver un supuesto de distanciamiento, despreocupación, alejamiento temporal del progenitor con respecto a su hijo. El Juzgado de Primera Ins-

(8) CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: obra citada.

tancia dictó resolución decretando que la patria potestad sobre el hijo menor de edad se efectuaría exclusivamente por la madre, quedando bajo su guarda y custodia, y estableciendo un régimen de relaciones paterno-filiales.

En apelación, el Tribunal desestimó el recurso interpuesto por la madre y, contra esta sentencia, se alzó el recurso de casación en base a los siguientes extremos: A) Infracción del artículo 170, en relación con el 154 del Código Civil, y 39.3 de la Constitución; B) Infracción del artículo 160 del Código Civil.

El Ministerio Fiscal emitió Informe, que me interesa destacar ahora: La parte apelante insiste en las pretensiones sobre privación de la patria potestad y no concesión de comunicaciones paternofiliales deducidas en su demanda reconvencional, y ello sobre la base, alegada, de que el progenitor, desde que cesó la convivencia marital, cuando el menor contaba con tan sólo un mes de edad, no se ha vuelto a preocupar del mismo, siendo las motivaciones del demandante, en relación con la acción ejercitada, ajenas a un verdadero deseo de relacionarse con el hijo común, y conectándose más bien con el intento de asumir una obligación legal en España que favorezca la renovación de su permiso de residencia en nuestro país. La dirección letrada de la madre añade que el progenitor no ha hecho intento alguno de ver al hijo menor en todo el curso del procedimiento.

El Ministerio Fiscal indica, en su Informe, que “viene configurada la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores, y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo (...). En lógica correlación con tal doctrina dimanante del artículo 154 del Código Civil, el mismo texto legal, en su artículo 170, faculta la privación judicial de dicha potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, como mecanismo tendente a la prevención o represión de sus abusos, siempre bajo el principio fundamental del beneficio del menor, en cuanto la conducta de uno o ambos progenitores pueda poner en peligro el desarrollo o formación, físico o moral, del sujeto infantil, más cuando tales factores de riesgo o no concurren o no han sido acreditados, aún existiendo un cierto abandono o despreocupación en el cumplimiento de los deberes integrados en la referida función, no se debe llegar a la sanción permitida por el artículo 170, máxime si dicha medida judicial no se revela como útil o beneficiosa para la prole.

Sobre tales imprescindibles premisas legales, no se han ofrecido a la consideración del Tribunal motivos hábiles en derecho, en su conexión con los datos fácticos que deben sustentarlos, para acceder a la pretensión deducida, en primer término por la parte apelante, en cuanto la escasa prueba incorporada a los autos lo único que pone de manifiesto es la falta de relaciones del actor con el hijo común, pero no las causas de dicha situación, que cada parte imputa a la conducta, ya de impedimento u obstaculización, ya de dejación, del otro progenitor, sin que tales diferencias de punto de vista hayan sido esclarecidas en el curso de la litis, en ninguna de sus instancias; en cualquier caso, el actor, a través de la relación entablada, muestra una decidida voluntad de afrontar de futuro aquellos deberes que, hasta el presente, no habrían encontrado el necesario cumplimiento, sin que consten motivaciones, cual las expuestas por la apelante, ajenas a la propia naturaleza y finalidad de la relación paterno filial, ni tampoco acreditado que las situaciones que ello ha de comportar se ofrezcan a tenor de lo actuado, como un factor de riesgo para quien debe ser protegido en sus legítimos intereses, por encima de los antagonismos de sus procreadores. En consecuencia, y habiéndose atribuido en la sentencia de instancia, el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, en cumplimiento de lo al respecto prevenido en el último párrafo del artículo 156 del Código Civil, extremo éste que ambas partes asumen, no se aprecia, sin embargo, por la Sala circunstancias de especial gravedad que impongan o aconsejen el excluir al otro progenitor de la titularidad de la patria potestad...”.

El Informe del Ministerio Fiscal pone de relieve, asimismo, la ausencia de razones, en el plano de relaciones afectivas y de tipo psicológico, que desaconsejen el contacto paterno filial, siendo, en cambio, adecuado ofrecer, de cara al futuro, al menor la posibilidad de tener una relación con la figura parental.

Me interesa destacar los Fundamentos Jurídicos de esta sentencia, al expresar que “la patria potestad de la prole actúa como derecho inherente de la paternidad o maternidad y, en nuestro ámbito, tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución a favor de los hijos, así lo dice el referido artículo 14, y lo tiene declarado la jurisprudencia desde antiguo (...).

“La protección a cargo de la familia, que impone la condición de menor, conforme declara el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966), y que refiere el artículo 39.3 de la Constitución, en su vertiente obligatoria de derecho-función, llevó al legislador a la procura de un ejercicio correcto de la patria potestad, y evitar que pudiera resultar contrario a los intereses de los hijos, por ello el artículo 170 del Código Civil establece que se pueda privar total o parcialmente de su potestad a los progenitores mediante sen-

tencia civil, que ha de fundarse en incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, lo que ha de presentarse plenamente probado (sentencia de 6-7-1996). Se trata de una declaración genérica al no precisar el Código las conductas determinantes de tal sanción, por lo que los Tribunales, en cada caso concreto, han de decidir el alcance de los incumplimientos, midiendo su gravedad y también su reiteración.

“En el caso que nos ocupa desarrolla el motivo que el demandante ha dejado de cumplir sus deberes de padre, pues al poco tiempo del nacimiento del menor (10 de enero de 1992) abandonó el hogar que compartía con la recurrente y se despreocupó de su hijo, sin que mantuviera relación física y menos afectiva alguna, lo que si bien resulta cierto, ha de interpretarse no con la crudeza que objetivamente parece presentar de momento tal hecho, sino ponderando las circunstancias, efectos y consecuencias de las conductas, en proyección al mejor y mayor bien del niño, lo que con notable acierto llevó a cabo el juez de Primera Instancia y el Tribunal de Apelación, pues, ya el hecho de la ruptura y acaparamiento del hijo por la madre, lo que ha de elogiarse, toda vez que fue quien le atendió y cuidó, evidentemente no se presentaba como situación que favoreciera, aunque no la imposibilitara, la asistencia y relación del padre con su hijo.

“Se trata, por tanto, de concurrir alejamiento temporal con imprecisión de las causas que instauraron esa situación. Tampoco se probó que la reanudación pretendida de la relación padre-hijo se presentase como de riesgo para el menor, pues, al contrario, con las medidas de comunicaciones controladas y progresivas que la sentencia establece, se viene a propiciar una efectiva recuperación del tiempo perdido.

“Es humano y de tener en cuenta que el padre trate de romper el aislamiento mantenido y superar la separación precedente, lo que pone de manifiesto el ejercicio de la acción entablada, no constando otras motivaciones o intereses espurios. En resumen, no se aprecian motivos ni causas intensas graves para no otorgar al padre la titularidad de la patria potestad del hijo conjuntamente con la recurrente.

“El derecho de los hijos a conocer y relacionarse con sus progenitores y la continuación de estas relaciones en el futuro, a medida que resulten más frecuentes y faciliten el conocimiento mutuo, no se puede predecir y en todo caso el hijo en su momento es quien debe de decidir, pero no se puede privar ni negar al demandante de principio, con los datos que integran el *factum* del pleito, la oportunidad, de acuerdo a la legalidad, de poder ejercer como padre, y cumplir los deberes que como tal le corresponden.

“La despreocupación y alejamiento temporal al menos externo y formal, sin perjuicio de la concurrencia de posibles desavenencias con la madre, no constituye causa suficiente para decretar la privación de la patria potestad, ya que tampoco estamos ante un supuesto de desamparo total al menor (...), razones todas suficientes para el rechazo del motivo.”

La sentencia hace referencia, asimismo, al artículo 160 del Código Civil, que establece el derecho del padre, o de la madre, para relacionarse con sus hijos, aunque no ejerzan la patria potestad. Es un precepto de carácter imperativo, al declarar que no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales, autorizando a los jueces a resolver según lo que sea más conveniente para el hijo menor. Recordemos que el principio del *favor filii* ha de estar presente siempre en el entorno de las relaciones familiares.

A juicio de Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (9), el desinterés por el hijo menor es un problema en el que hay que entrar a valorar el daño o peligro –riesgo, diría yo, en algunos casos– para el desarrollo del menor. Y, hay que añadir, desde mi punto de vista, para el libre desenvolvimiento de su personalidad, de su carácter y de su forma de vida y de cara a afrontar la existencia una vez que sea mayor de edad.

Desde el punto de vista del progenitor no conviviente, los deberes, básicamente, se ciñen a prestar alimentos y visitar al hijo menor de edad.

En nuestro país, la jurisprudencia ha mantenido que no existe base, en estos supuestos, para privar al progenitor de la patria potestad, razonándose en el sentido de que esa medida, tan drástica y grave, no va a suponer para el menor beneficio alguno, y el rechazo que produce como medida meramente punitiva.

Veamos, a este respecto, algunas sentencias que son interesantes y expresivas de lo que vengo diciendo: La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004 denegó la privación de la patria potestad que la madre solicitaba. El supuesto se recondujo a un padre que, desde el nacimiento del hijo y hasta que éste hubo cumplido diez años de edad, no se interesó por él. En ese momento, el progenitor reclamó sus derechos sobre el menor, pidió régimen de visitas y ofreció pagar alimentos.

La Audiencia Provincial de Zaragoza (19 de diciembre de 2005) rechazó, asimismo, privar de la patria potestad al padre que no pagó pensión alguna ni visitó a su hijo. La sentencia razonó la denegación solicitada por la madre afirmando que el mantenimiento de la patria potestad en el progenitor incumplidor no era perjudicial para el hijo y, en consecuencia, la medida no era necesaria en función de su interés.

He podido consultar sentencias en las que, al contrario de la tesis mantenida por las citadas *supra*, se priva de la patria potestad al progenitor que ha incumplido con sus deberes para con el hijo. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 10 de noviembre de 2005 declaró que “... la privación de la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico (penal o civil) está contemplada como una sanción por

(9) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga: *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona, 2006.

el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. El artículo 170, en este sentido, establece claramente que el padre puede ser privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, que están recogidos en el artículo 154 del Código Civil. En igual sentido el artículo 92 del Código Civil prevé la privación de la patria potestad en los casos de crisis matrimonial (como puede ser éste), cuando se revele causa para ello.

“Que la patria potestad puede ser privada por el simple incumplimiento grave de los deberes que están incluidos en aquélla se observa diáfana-mente en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 11-10-2004 (...), que tiene una base fáctica similar a la contemplada en este proceso, puesto que en aquélla se señala que «desde hace varios años, más de seis en la actualidad, el citado padre biológico no ha visto a su hija, hasta el punto de que no cree que le reconozca si le ve; igualmente, desde enero de 1992 no se ha preocupado de la alimentación y sustento de su hija...».

“Igualmente indica, en lo que nos interesa, que «ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares, en forma tal que se hace acreedor a la privación por vía de sanción de la patria potestad que comparte hasta ahora con la madre de su hija...».”

Es importante reseñar que esta sentencia prosigue su argumentación señalando que estas circunstancias citadas debían llevar, además, a denegar el ejercicio de cualquier derecho de visita a la hija, incongruente con su actitud de desinterés hacia ella, cuyo derecho a relacionarse con la menor sólo está justificado por el bien que a ésta pudiera reportar, no estimándose en absoluto beneficiosa en las actuales circunstancias esa relación.

Es decir, esta sentencia llega, con argumentos similares a la anterior, a unas conclusiones opuestas por lo que respecta a la problemática que plantea, en esta sede, tanto el beneficio o interés del hijo menor de edad como el propio derecho que tiene el progenitor de relacionarse con aquél. Así, se puede constatar que la sentencia declara que la sanción de privación del derecho de relacionarse con el menor por parte del progenitor tiene un fundamento, implícito, cual es la protección del interés del hijo, porque hay que entender que un padre, o una madre, que no han cumplido sus deberes, se muestran como una persona perjudicial para el niño, al resultarle como una persona prácticamente extraña, que no guarda el sustento básico de las relaciones familiares, que es el afecto, el cariño, el amor paternofilial. Afirma la sentencia –que estimo que afronta una meritosa ponderación de los intereses en juego– que sólo en supuestos excepcionales, especialmente vinculados al incumplimiento no imputable o justificable, podría entenderse que un incumplimiento grave, o reiterado, de aquellos deberes no provocaría, al mismo tiempo, un perjuicio para la relación padre-hijo, siendo entonces lo más beneficioso para el niño la ruptura de ese vínculo paterno o materno.

En otras palabras, se afirma que sólo cuando el incumplimiento es imputable al progenitor incumplidor cabría la privación de la patria potestad. Pero, en otros supuestos, no cabría esa privación.

Aunque, a primera vista, el argumento pueda parecer correcto, cabe hacer una matización: si el progenitor incumple sus deberes paternofiliales por culpa del otro progenitor, es decir, de manera justificada y no imputable, no cabría privarle de la patria potestad, pero es que, en este supuesto, hay que añadir que tal incumplimiento no sería tal, y no cabría, por tanto, hablar de progenitor incumplidor.

En los demás supuestos, es decir, cuando el progenitor, sin causa justificada, hace dejación de los deberes para con su hijo menor, entonces sí cabría la privación de la patria potestad. Estaríamos ante el supuesto de un progenitor incumplidor.

La sentencia apunta que, en el supuesto debatido, objeto de la litis, los niños tenían ocho o nueve años, el mayor de ellos, y el pequeño entre cinco y seis años, respectivamente, es decir, unas edades aún tempranas, por lo que el recuerdo que puedan tener de su padre es más bien remoto. El progenitor había dejado de abonar las pensiones alimenticias pactadas y no había cumplido ninguno de los deberes previstos en el artículo 154 del Código Civil.

El progenitor, incumplidor de sus deberes como tal, insistió, en varias ocasiones, en que la juzgadora no había concretado cuál era el interés de los hijos menores en privarle de la patria potestad. La sentencia razona afirmando que, ante el grave y reiterado incumplimiento del deber de visitas y comunicación, así como de los otros deberes previstos en el artículo 154 del Código Civil, y teniendo en cuenta el fundamento implícito de la sanción de la privación, había que reprochar al recurrente que no hubiera explicitado en qué beneficia a los hijos menores la continuación de esa patria potestad y el régimen de comunicación.

Hay que resaltar que el progenitor vivía muy distante de los hijos menores, pero, en cualquier caso, aunque la comunicación no fuera fácil precisamente, durante cuatro años no hubo ninguna relación interpersonal entre progenitor e hijos.

No se aporta causa alguna de justificación para el incumplimiento de alimentar a los hijos menores, no se ha preocupado de velar por ellos, ni de educarlos, ni, por supuesto, de procurarles una formación integral.

Desde mi punto de vista, en este supuesto, no se aprecia cuál pueda ser el interés, o beneficio, del hijo menor con respecto a que el progenitor siga ostentando la patria potestad. La patria potestad, como ya ha quedado analizado, es una función, un derecho-deber. Pero, en cuanto expresión de un deber, en el supuesto en concreto que estoy analizando, no se han cumplido ninguno de los deberes establecidos en el artículo 154 del Código Civil. De modo que puede afirmarse que el progenitor sólo lo era

de nombre, no por su actuación. ¿Beneficia esta circunstancia en algo a los hijos menores de edad? ¿Es el hecho de seguir ostentando el progenitor la patria potestad un beneficio para estos hijos?

Estimo que, tras los planteamientos inicialmente establecidos, no lo es. La sentencia también lo estimó así, afirmando que, aunque el deber de alimentos subsiste, dadas las circunstancias del supuesto, el progenitor sería una persona desconocida o extraña para estos menores, no constatándose ningún beneficio o interés en la continuación de la patria potestad.

Yo añado además lo siguiente: la continuación de la patria potestad en la persona del progenitor no añade ningún beneficio a los hijos menores, puesto que no la ejerce como tal, al hacer dejación de los deberes que le son impuestos por el ordenamiento jurídico-civil y, por tanto, su privación estaría más que justificada, no pudiéndose amparar el progenitor en unos derechos como padre que ha perdido al no asumir los deberes correspondientes.

Otras sentencias de las Audiencias Provinciales también han entendido que la privación de la patria potestad al progenitor incumplidor del deber de relacionarse con sus hijos menores era una medida que no tenía por qué ser perjudicial o dañina para éstos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 1 de julio de 1992 es muy expresiva a este respecto, subrayando que “por una menor afectividad no procede privar de la patria potestad a ningún padre, pero sí cuando ella es la exteriorización de un incumplimiento grave o reiterado de los deberes paternofiliales, siendo aquélla la sanción prevista en el artículo 170 del Código Civil. Los padres están obligados, y ése es el contenido de la patria potestad, que ha de ejercitarse en interés de los hijos, a velar por ellos, teniéndolos en su compañía, alimentándolos, educándolos y procurándoles una formación integral..., cuando los padres están separados, en interés del menor y para mantener los vínculos, no sólo con el que no tiene la guarda y custodia, sino con la familia del mismo, el artículo 94 del Código Civil establece con carácter imperativo el derecho de aquel con el que no convive a visitarlo y comunicar con él. En este caso concreto, tras la separación, la recurrente ha tenido nada más que dos contactos ocasionales sin que la misma haya acreditado que ello fuera imputable a causas ajenas a su voluntad, aunque sí alegó las dificultades provocadas por el señor T. y a haber estado enferma, sin embargo nada de ello se ha acreditado... La falta de relación personal entre la madre y el hijo no ha sido justificada por aquélla, pero es que, además, no consta que tuviera contactos de otro tipo, ni que se ocupara de su educación, por tanto, el incumplimiento de sus deberes es sólo a ella imputable”.

Idéntico criterio mantiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 21 de mayo de 1996, al acordar la privación de la patria potestad al progenitor que incumplió sus deberes, constando acreditado, a

tenor de lo confesado por el propio demandado, que éste no había visitado a su hija durante cuatro años, constando, asimismo, la existencia de un documento por el que aquél renuncia a su derecho a visitar a su hija a cambio de que la actora renunciara igualmente a reclamarle el pago de pensiones.

El interés, o beneficio, del hijo menor aparece como un principio o valor esencial en muchas de las sentencias relativas a este tema. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 25 de julio de 1996, que acordó la privación de la patria potestad al progenitor, en defensa del superior interés de la hija menor de edad, nacida el 10 de noviembre de 1990, porque, tal como declaró la sentencia, “se acredita, revisada la prueba, cómo el demandante, a partir del mes de enero de 1991, se desentendió de su hija, no cumpliendo con sus deberes ni ejerciendo derechos que hoy reclama”.

En esta última sentencia citada, sin duda tuvo relevancia la actitud de la menor, que fue explorada y que manifestó no conocer al actor, identificando, en cambio, a la pareja sentimental de su madre con la figura paterna.

Un amplio sector jurisprudencial en nuestro país, mantiene, sin embargo, una interpretación restrictiva de las causas de privación de la patria potestad y, en concreto, de la fundada en el incumplimiento de deberes. En este sentido, la sentencia de 6 de julio de 1996, entrando a resolver un supuesto en el que la madre alegaba infracción de los artículos 170 y 154 del Código Civil, al haber incumplido el progenitor los deberes inherentes a la patria potestad con respecto a su hijo —no le había visitado, ni contactado con el menor en los últimos años, ni le había prestado alimentos, agregando que el estado de inestabilidad psicológica del progenitor podía perjudicar el estado del hijo, su bienestar emocional.

El Tribunal Supremo, en su Fundamento Jurídico Cuarto, razona declarando que “... el artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma, incumplimiento que, según declaran las coincidentes sentencias de la instancia, no se ha probado en el presente supuesto litigioso, pues si el menor ha vivido siempre en compañía de la madre, incluso en ciudad distinta que la de residencia del padre, no ha sido posible que éste pudiera (...) «desarrollar en condiciones de normalidad, las funciones tuitivas, los deberes y las facultades que la patria potestad entraña», sin que, por otra parte, la falta de prestación económica para alimentos del menor, atendidas las circunstancias especiales de este caso (en que la madre tiene un importante puesto profesional), pueda ser, por sí sola, causa sufi-

ciente para privarle de la patria potestad, máxime cuando la madre, como declara probado la sentencia recurrida, «nunca ha reclamado alimentos para el hijo común», a lo que ha de agregarse que la referida sentencia también declara probado que el padre ha iniciado diversos expedientes de jurisdicción voluntaria encaminados a conseguir hacer efectivas facultades integradas en la patria potestad, lo que no ha logrado debido a la oposición materna que provocó el sobreseimiento de los mismos; ello es expresivo de una voluntad del padre contraria a la ruptura de las relaciones con su hijo», declarando, por último, la repetida sentencia, que aquí se recurre, “que no aparece acreditado que la falta de comunicación del padre con el hijo «haya obedecido a causas imputables de manera exclusiva al propio padre como sostiene la madre recurrente...»”.

Como regla general, se observa, a lo largo de las sentencias que he tenido ocasión de consultar y analizar, que no se priva al progenitor incumplidor de sus deberes de la patria potestad siempre que éste haya mostrado algún interés hacia el hijo menor, o haya hecho intentos, aunque éstos sean frustrados, de comunicarse y tener relación con él, teniendo en cuenta un factor importante: siempre que el otro progenitor ponga obstáculos, trabas o impedimentos a su ex consorte en el sentido de no facilitarle la comunicación o relación personal con el hijo menor, la jurisprudencia va a ser reacia a privar, en estos casos, de la patria potestad, porque entiende que el progenitor incumplidor lo ha sido no por propia voluntad o libremente, sino debido a la coacción o presión del otro.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2004 entró a resolver el recurso interpuesto por un progenitor, que había sido privado de la patria potestad de la hija en base a los artículos 170, 156 y 154 del Código Civil, referente al derecho de relacionarse con los hijos que tienen los progenitores. El Ministerio Fiscal informó emitiendo dictamen en el que señalaba que el progenitor había incumplido gravísimamente sus deberes familiares, en forma tal que se hacía acreedor a la privación por vía de sanción, debiendo esta circunstancia llevarle a la denegación del ejercicio de cualquier derecho de visita a la hija, incongruente con su actitud de franco desinterés hacia ella, cuyo derecho a relacionarse con la menor sólo está justificado por el bien que a ésta pudiera reportarle, no estimándose en absoluto beneficiosa en las actuales circunstancias esa relación. El Ministerio Fiscal, en su elaborada exposición, a mi juicio con gran agudeza, señalaba que no sólo había que tener en cuenta la desidia y desgana hacia la relación con la hija, que se desprende de la actitud absolutamente incumplidora de sus deberes de progenitor, sino, además, la futilidad de los argumentos que ha venido dando para justificar no ir a ver a su hija –la altura del muro del colegio–, lo que, desde mi punto de vista, resulta caprichoso e incoherente.

El Tribunal Supremo, en este último supuesto citado, resolvió privar

de la patria potestad al padre, a tenor de su comportamiento hacia su hija, en el sentido que, desde el día en que ésta nació, los únicos deberes que ha probado haber cumplido son el pago de unas mensualidades de pensión, y ello debido a que la madre tuvo que reclamarle judicialmente alimentos para su hija, afirmando que “la consideración del incumplimiento especificado como grave no impide el control previsto en el artículo 158 del Código Civil, reiterado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (protección jurídica del menor), ni el derecho del menor a ser oído, ni a su información adecuada, debiendo buscarse su desarrollo integral, de acuerdo con su personalidad, ni las prestaciones alimenticias impuestas al padre que contempla el artículo 110 del Código Civil, que trascienden a la patria potestad y función familiar, todo ello conforme a las previsiones contenidas en su artículo 39 de la Constitución Española, de manera que tampoco resultará inútil recordar la protección familiar contenida en los artículos 226 y 228 del Código Penal de 1995, nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (...)”.

A la vista de las sentencias analizadas y comentadas, es oportuno resaltar que, en aquellos supuestos en los que, efectivamente, se produce una ausencia de relación de uno de los progenitores con su hijo menor de edad (o hijos), sin que el otro consorte haya forzado, de alguna forma, o intervenido de modo negativo para que esta relación tuviera lugar normalmente, hay que concluir que, en beneficio, o interés, del hijo menor, lo más conveniente será privar a dicho progenitor incumplidor, de manera voluntaria, libre, de sus obligaciones para con su hijo (o hijos).

Si se apela al interés del menor, hay que apelar en consecuencia a una situación que, a todas luces, será manifiesta: el hijo no sabrá quién es su padre (o madre), porque no identificará al progenitor con la figura paterna (o materna, en su caso). Naturalmente, siempre cabe que el progenitor incumplidor asuma sus deberes como padre (o madre). Y, cuando esto suceda, cabe la rehabilitación de la patria potestad. Pero, mientras la situación sea omisiva, es decir, haya una ausencia de relación, de contacto personal del progenitor con el hijo (o hijos) menor de edad, evidenciando ello una despreocupación, un desinterés, estimo que la respuesta del ordenamiento jurídico-civil ha de ser la privación de la patria potestad en cuanto que ésta debe ser siempre una función, un derecho-deber, en beneficio del hijo. Si esta función no se cumple, no se lleva a cabo, el ordenamiento jurídico ha de reaccionar.

LA VOLUNTAD EN LOS TESTAMENTOS ELECTRÓNICOS

AGUSTÍN ROMERO PAREJA

*Doctor en Derecho.
Universidad de Málaga*

SUMARIO: 1. VOLUNTAD Y LIBERTAD DE FORMAS TESTAMENTARIAS. 2. TESTAMENTO OLÓGRAFO O ELECTRÓNICO. 3. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR Y LA REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO. 3.1. La revocación de los testamentos y la unidad de acto. 4. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR Y SU PRUEBA EXTRÍNSECA.

Aunque las nuevas tecnologías cuentan con medio siglo de existencia, es en esta última década cuando han logrado mayor alcance y generalización. El ya consolidado uso de los ordenadores, teléfonos móviles o de internet ha generado profundas transformaciones en nuestra sociedad y en el conjunto de las estructuras que la forman. Del mismo modo, estos nuevos avances han ejercido una sustancial influencia en todos los ámbitos, dando lugar a diversos planteamientos jurídicos a los que necesaria-

mente el Derecho tendrá que dar solución. Así, la introducción de internet en la vida pública y privada ha supuesto una interacción cada vez más globalizada, dando lugar a nuevas prácticas negociales y jurídicas que deben tener justa regulación normativa. En el presente trabajo pretendemos adecuar la legislación vigente en Derecho sucesorio a los actuales medios tecnológicos de redacción y comunicación personal y social, acudiendo para ello a la legislación aplicable, a la doctrina y a la referencia jurisprudencial.

1. Voluntad y libertad de formas testamentarias

Parecen cuestionables aquellas resoluciones en las que, por falta de alguna formalidad, y aun estando clara la voluntad del testador, se declara nulo el testamento. En tal sentido, la STS de 25 de junio de 1990 trae a colación el llamado “abuso de la acción de nulidad por defecto de forma”, catalogando bajo tal rúbrica todos aquellos casos en los que, sobre la base de ciertos defectos de forma, se llega a resultados claramente inadmisibles (1). Es por ello que el propio Tribunal Supremo ha flexibilizado, en varias ocasiones, su dogma formal; pero cuando lo ha hecho ha sido sobre la base de la “equidad” y no propiamente partiendo de la “voluntad” del causante. Con todo, habría que remontarse a tiempos muy lejanos para encontrar sistemas jurídicos en los que la voluntad carecía de trascendencia jurídica, y aun entonces actúa en el pre-acto de la forma (se “quiere la forma”, no un negocio). Las *verba* tenían así un valor superior al de la *voluntas*. Entonces los efectos iban ligados al cumplimiento de la forma y no a la voluntad de los otorgantes: la forma en estos sistemas era lo esencial.

Por lo que a nosotros respecta, en cuanto a las formalidades testamentarias, se distinguen tres períodos en la historia de los testamentos. Hubo una primera época en la que el testamento se regía por formas y ritos simbólicos. Durante ella las formalidades perseguían más el mantenimiento de la institución de heredero (para evitar los efectos de la “*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”), que el defender la voluntad del testador. En este período, el “favor testamenti”, dice BIONDI (2), “lleva a la jurisprudencia a hacer lo imposible por salvar el testamento con los más sutiles razonamientos, atrevidas construcciones y hasta oportunas ficciones”.

(1) ROVIRA PEREA: “Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos”, *La Ley*, 1992-2, p. 994.

(2) *Sucesión testamentaria y donación*, trad. española de la 2.^a edic. italiana, Bosch, Barcelona, 1960, pp. 7 y ss.

Un segundo período implica un progreso hacia la simplicidad en cuanto a las formalidades testamentarias. Se parte, como es habitual en Roma, de un respeto a la tradición y sacramentalidad de los ritos antiguos, pero es suficiente atestiguar este respeto para dar paso a la más amplia libertad de formas. Y, respecto a los testamentos, destaca en esta época el codicilo, que introduce una libertad casi ilimitada; pues se llega incluso a aceptar la institución de heredero en codicilo. Sin embargo, en un tercer período, y probablemente ante la aparición de dificultades prácticas, se impone la necesidad de establecer garantías legales que aseguren la última voluntad contra sorpresas y fraudes (3).

Posteriormente, con el advenimiento de los sistemas espiritualistas, el panorama cambia sustancialmente. La característica fundamental del nuevo sistema radica en que la causa de obligar reside en la "voluntad", plasmada mediante la "forma". De esta manera el *negotium* puede estar contenido en formas diversas. De aquí deriva la otra nota característica de los sistemas espiritualistas: la facultad de elegir entre las diversas formas admitidas.

Esta evolución aparece plenamente consagrada ya en el siglo XVIII, precisamente en vísperas de la gran transformación jurídica que supondría la Revolución Francesa y su consecuencia: el *Code* Napoleónico. En España, con anterioridad a tales sucesos revolucionarios ya estaban asentadas las doctrinas que serán la base de las nuevas concepciones: fundamentalmente, el valor destacado del contrato (que se formulará en frases axiomáticas: pactos rompen fueros, el contrato tiene fuerza de ley y otras similares). Las nuevas orientaciones coincidirán con las concepciones sobre el valor de la forma y la libertad de pactos (4).

En cualquier caso, para el régimen vigente hoy, cierto es que en cada uno de los tipos testamentarios admitidos por el Código se exige el cumplimiento de determinados requisitos formales. Ello contrasta, respecto a otros negocios jurídicos, con las formas obligatorias; que son aquellas de ineludible cumplimiento para el "nacimiento" del negocio (hablándose entonces de forma *ad substantiam*, en las que forma y contenido se traban

(3) Así, BIONDI observa que el "*favor testamenti*" del Derecho Romano da paso a un "*favor voluntas testatoris*" que hoy no es difícil encontrar en los Códigos (BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, 2.^a edic., Bosch, Barcelona, 1960, p. 10).

(4) Así, de las antiguas formas ceremoniales quedan pocos supuestos en el Derecho público moderno (la coronación de Reyes, juras de Constitución, tomas de posesión, presentación de cartas credenciales, etc., los cuales tienen más valor como acto público que como forma jurídica eficaz). En el Derecho privado perduran también algunos residuos de la antigua concepción formal (por ejemplo, el matrimonio, con el clásico sistema de las preguntas y respuestas de la típica *stipulatio*), pero incluso en estos casos sus efectos han sido absorbidos, aunque se mantenga la forma, por la voluntad, que se considera elemento fundamental (contrato), aunque deba expresarse en determinada forma (ceremonial).

tan íntimamente que, en la práctica, resultan inseparables) (5). Así, en nuestro Derecho puede hablarse de “forma obligatoria” en algunos supuestos en los cuales no hay posible elección en la forma. Son aquellos casos en los que sólo es posible una forma (normalmente la escritura pública: así, constitución de una sociedad mercantil, de una hipoteca, etc.). En estos casos, de los diversos tipos de forma que admite el ordenamiento, la Ley excluye todos menos uno: la escritura pública. No es por ello posible, ni el documento privado, aunque se “protocolice”, ni la oralidad. No hay *negotium* sin que nazca simultáneamente el *instrumentum*.

Por lo que nos concierne, evidentemente nada de esto ocurre en materia testamentaria. No sólo se admite el documento privado –bien protocolizado por el propio testador (testamento cerrado), bien después de fallecido el testador una vez adverado (testamento ológrafo)–, sino también el testamento oral o de palabra. Y como es lógico, también es admitida la forma testamentaria notarial: la escritura pública. Por ello defendemos que no puede mantenerse que el testamento es un acto rigurosamente formal cuando los testamentos especiales pueden ser formalizados por el capitán de un barco, un oficial del Ejército o el contador de un buque, que no tienen por qué ser expertos en el manejo de las formas jurídicas. Y, evidentemente, cuando la Ley admite tal variedad de formas no lo hace por procurar que los testamentos sean nulos, sino precisamente por todo lo contrario: buscando la máxima efectividad a la voluntad del testador. Hay que llegar, pues, a la conclusión de que el negocio testamentario no sólo no está sujeto en nuestro sistema actual a formas obligatorias, sino que tiene una amplia gama de posibilidades, lo cual es lógico si tenemos en cuenta que hoy nuestro Derecho privado –como dice ROVIRA– responde a los esquemas característicos de los sistemas espiritualistas (6).

Pero, como dijimos (7), el Estado de Derecho debe procurar personas capaces y seguras, dotándolas de los medios necesarios para ejercer sus derechos (como el de otorgar testamento), pese a (y, con más motivo, en base a) las circunstancias anómalas que puedan reinar en el entorno social; pues la **seguridad jurídica**, como fundamento del Ordenamiento Cons-

(5) DELGADO ECHEVERRÍA sugiere criterios distintos de los actuales como justificación y configuración de las limitaciones del Derecho Sucesorio a la facultad de disponer (legítima, herederos forzosos, etc.), y ello en atención a las concretas situaciones carenciales de personas dependientes del causante. (DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Una Propuesta de política del Derecho en Materia de Sucesiones por causa de muerte”, en XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, febrero de 2006.)

(6) ROVIRA PEREA: “Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos”, *La Ley*, 1992-2, p. 995.

(7) ROMERO PAREJA, A.: “Otorgamiento del testamento en tiempo de guerra”, *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 2003, pp. 153 y ss.

titucional, no es un principio al que sólo deba atenderse en circunstancias sociales de normalidad. Muy al contrario, la seguridad jurídica es requerida con necesidad más palmaria ante situaciones de alteración social en las que los individuos toman decisiones en la esfera personal o económica que bien pudieron ir demorando ante la falta de un motivo apremiante (8).

Bajo esta argumentación, cualquier ciudadano debe estar facultado para ejercitar sus derechos en el campo familiar, contractual, social y en algo tan fundamental como es la posibilidad de otorgar testamento. El Estado de Derecho no puede olvidarse de facilitar a sus ciudadanos los medios necesarios para que no sufran perjuicio ni los derechos ni los bienes de los individuos que se encuentren ante las circunstancias recogidas por los testamentos especiales. Así, por ejemplo, la posibilidad de una alteración social derivada de las situaciones bélicas llevó al legislador a regular la forma testamentaria especial prevista en el artículo 677 del CC y desarrollada en los artículos 716 y siguientes; facilitando, de este modo, el otorgamiento del testamento ante situaciones de guerra. De hecho, quien se encuentre afectado por el contexto bélico del tiempo de guerra, y mucho más si está enfermo, herido o va a sufrir la inminente agresión de un combate, será proclive a disponer en última voluntad; pues si en tales circunstancias no será normal pensar en otros actos o negocios jurídicos, sí es muy frecuente, ante tal evento, pretender disponer del destino de los propios bienes. A tal efecto, el legislador, para facilitar el fundamental derecho de testar a quienes se ven envueltos en la guerra, faculta el otorgamiento testamentario sin comparecencia de notario, pasando a ocupar sus funciones un componente del Ejército (o un capellán o facultativo, arts. 716 y 721), dos testigos (art. 720) o el interventor militar (art. 717). Y parecidas conclusiones podríamos deducir del testamento en tiempo de epidemia, del marítimo, etc. (9).

(8) Visto esto, no cabe duda de que la guerra o el naufragio durante un viaje en barco, etcétera, son situaciones indeseadas y extraordinarias, pero, cuando surgen, son muchos los individuos que sienten la necesidad, precisamente ante los peligros que les rodean, de otorgar testamento, y es lógico que así se prevea.

(9) Así, la STS de 10 de junio de 2005 afirma, respecto al testamento otorgado en inminente peligro de muerte, que "la doctrina jurisprudencial ha declarado reiteradamente que el testamento que nos ocupa se refiere única y exclusivamente a aquellos supuestos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no hay lugar a que **pueda acudir al Notario**. En el caso debatido no hay duda del peligro inminente de muerte, pues el testador, de 88 años de edad, estaba afectado el día 11 de septiembre de 1992, fecha en que utilizó esta forma de testar, por un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta, que provocaron su fallecimiento seis días después. La sentencia de instancia no hace mención a la imposibilidad de la asistencia de un notario y, aunque tal particularidad no aparece en la redacción del citado artículo 700, no cabe interpretar este precepto en el sen-

Y, junto a las diversas formas testamentarias admitidas, el testamento notarial abierto no es más que una escritura pública (*instrumentum*) que contiene las disposiciones (*negotium*) de última voluntad de una persona. Y no existe, a diferencia de otros negocios, precepto alguno que diga que la escritura sea forma constitutiva del testamento, sino que, por el contrario, el artículo 687 del CC se aplica por igual a toda clase de testamentos (notariales y no notariales). Lo que ocurre es que cuando se solicita la actuación notarial todos los comparecientes, notario y testigos incluidos, quedan sujetos a las normas del Derecho notarial (en ese sentido, derecho formal). Para las cuales debe entenderse que el testamento abierto notarial será nulo cuando no se observen las formalidades de la escritura pública. Y para ello, para ver cuándo una escritura pública es nula, hay que acudir a la legislación notarial, la cual no sólo no sanciona con la nulidad cualquier defecto de forma, sino que establece diversos medios para evitar, precisamente, los radicales efectos de la nulidad (10).

En definitiva, en materia testamentaria se pueden apreciar con nitidez los distintos grados de actuación en la intervención notarial y sus diferentes efectos. No hay que olvidar que todos los testamentos acaban siendo incorporados a un protocolo notarial, pero mientras en el testamento abierto la actuación notarial es plena y completa, es decir, actúa el notario en su doble aspecto de jurista y de fedatario, en los restantes testamentos se limita su intervención a esto último; su intervención es parcial y limitada,

tido de que constituya un medio para excluir voluntariamente a este fedatario público cuando exista la factibilidad de su participación en el acto testamentario. Esta Sala tiene declarado en numerosas sentencias que, aunque es esencial el estado de peligro de muerte, sin el cual no ha de entenderse válido este testamento, el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al notario o era difícil obtener su concurrencia (entre otras, SSTs de 19 de diciembre de 1959 y 3 de noviembre de 1962), cuestiones de hecho que quedan a la apreciación de la Sala de instancia (STs de 8 de febrero de 1962 y 2 de julio de 1977). En definitiva, resultaba obligada la justificación de que no se ha prescindido del notario de una manera voluntaria; y, en este caso, no existe dato demostrativo alguno en las actuaciones respecto a que, de alguna manera, se haya procurado tal intervención, lo que, al residir el testador en Madrid, no ofrecía dificultades, en atención al número de funcionarios de esta clase con destino en la Capital, y sin que obstaculice a ello la circunstancia de que el día 11 de septiembre de 1992 fuera viernes, habida cuenta del servicio de guardia establecido en el Colegio Notarial durante los viernes, sábados y domingos para situaciones de urgencia como la del supuesto del debate". Esta sentencia es comentada por GALICIA AIZPURÚA, G.: "Cuándo hay peligro de muerte a efectos testamentarios", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XV, número 693, 8 de diciembre de 2005, pp. 6 y ss. Dicho autor, más que defecto de forma, aprecia inidoneidad de los testigos del testamento, mas nosotros apreciamos un trasfondo de dolo inducido en el otorgamiento del mismo. Véase la sentencia en la misma *Actualidad Jurídica*, pp. 8 y ss.

(10) Al respecto, nos remitimos a lo que ya dijimos en "Nulidad de las disposiciones de última voluntad", *Revista Jurídica del Notariado*, número 60, 2006, pp. 237 y ss.

meramente de dación de fe (de la fecha, por ejemplo, o de la identidad del depositante, etc.).

Así, cuando una persona interesada en hacer testamento acude a un notario, es claro que no busca en éste un testigo cualificado, sino el asesoramiento y consejo necesario para que su voluntad quede adecuada al ordenamiento jurídico. La función del notario es, en este sentido, tendente a dilucidar la “verdadera voluntad” del testador. Esta actividad, que tiene su posterior reflejo intradocumental en el testamento “redactado” por el notario (“autorizado” por él, aunque lógicamente “otorgado” por el testador), es una labor de adecuación o conformación, buscando los cauces jurídicos más idóneos para que la voluntad del testador produzca todos o el máximo de sus efectos. Es más, si nos fijamos en las formas testamentarias, puede afirmarse que la variedad de formas admitidas en nuestra legislación es tal que no tiene parangón, como dijimos, con ningún otro negocio jurídico. Se admiten no sólo formas documentales muy diversas, sino también, lo que es verdaderamente excepcional, las formas orales. Y en estas últimas hay que resaltar que lo que los testigos reproducen *a posteriori* es realmente su personalísimo recuerdo del otorgamiento, como prueba testifical; lo que pone de manifiesto, una vez más, la relevancia de la voluntad en estos otorgamientos.

No obstante, aun en sus formas extraordinarias el testamento siempre ha requerido unas solemnidades mínimas. Y ello pese a que la tensión entre seguridad y libertad que se da en todos los órdenes ha alcanzado también al acto jurídico testamentario; pero en esa confrontación, para el campo de las últimas voluntades, la seguridad del acto se ha impuesto siempre a la libertad de forma. Aun así, en la historia del testamento se aprecia una lenta pero continua disminución de los requisitos exigidos para su perfección (11).

Hoy, por ejemplo, tras la reforma introducida por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, ya no es necesaria la presencia de testigos en el testamento abierto, pero porque se considera que la presencia del notario es suficiente para garantizar que la declaración corresponde inequívocamente a la persona del testador; al mismo tiempo que dicho fedatario público puede asegurar que la intención manifestada por aquél se ajusta al régimen jurídico del acto. Sin embargo, posiblemente, el camino de la simplificación formal, del alivio de formalidades, todavía no esté del todo terminado. En tal sentido, los medios que procuraban garantizar la autenticidad de la declaración testamentaria y la eficacia del acto han ido evo-

(11) Sobre la evolución de las solemnidades testamentarias, véase la monografía de MARTOS CALABRÚS, M. A.: *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 1998.

lucionando y hoy el perfeccionamiento de algunos medios técnicos (como la firma electrónica, sobre la que trataremos más adelante) puede permitir suprimir o suplantar alguna exigencia de las codificadas.

Bajo esta argumentación es necesario insistir en la existencia de una pluralidad de formas, todas ellas idóneas para atribuir relevancia jurídica a la declaración del testador. Y este pluralismo de formas se justifica en que facilita la testamentifacción en diversas circunstancias. Por ello, las solemnidades que cada forma reviste se justifican, a su vez, en que proporcionan certidumbre a la voluntad del testador, facilitando el camino para su cumplimiento fiel tras la apertura de la sucesión y en que garantizan el carácter genuino y espontáneo del querer de aquél. Con todo, el legislador no se ha remitido, al establecer los requisitos formales que debe observar todo testamento, a las formalidades establecidas para los contratos; es decir, no se remite a la escritura pública o a la escritura privada, sino que ha establecido sus propios requisitos formales que no se corresponden exactamente con los actos contractuales.

Así, interrogantes de muy diversa índole surgen en materia de testamentos con respecto a las formalidades esenciales que debe revestir este acto. En esta línea, lo que sí parece claro es que el requisito de la forma en los testamentos no se ha establecido por el legislador en función de la naturaleza de los bienes o derechos que constituyan el objeto de la disposición, ni de la naturaleza particular e individual de esta última. La exigencia del cumplimiento de ciertas formalidades para el otorgamiento del testamento no depende, pues, de la naturaleza del objeto o del contenido de este acto jurídico, como sucede en materia contractual. En este sentido, es posible constatar cómo, en principio, y de acuerdo con el **artículo 1280** del CC, se exige una determinada forma para los acuerdos que versan sobre bienes inmuebles o derechos reales y para las figuras que están expresamente señaladas por la ley. Por su parte, el susodicho artículo contiene un elenco de actos, especificados en función del contenido de los mismos. Todo ello permite concluir que el formalismo en materia contractual ha sido establecido por el legislador en función del contenido del acto. Lo mismo, sin embargo, no se puede afirmar en materia testamentaria.

En este sentido, cobra especial importancia la característica del testamento como acto de disposición que una persona realiza a través de un vehículo de manifestación o expresión que no se exteriorizará como tal hasta después del óbito del declarante. Se trata, pues, de un vehículo de expresión apto para conservar y no exteriorizar la declaración realizada por el testador. Es, en definitiva, una manifestación que comenzará a producir efectos jurídicos en relación a terceros en un momento en el que el autor no podrá estar presente. De ahí que el legislador pretenda revestir esta declaración de ciertas formalidades o garantías. Y esta función de

garantía es la que históricamente han tenido las formalidades del testamento.

Bajo esta interpretación, con las formalidades del **testamento abierto notarial** el legislador ha pretendido determinados fines; no sólo constando y recibiendo una disposición, sino participando dicho fedatario en su realización; procurando asegurar (12):

- 1) Que el testador sea consciente de la repercusión jurídica del acto que está realizando.
- 2) La certidumbre de capacidad en relación al autor del mismo.
- 3) La claridad de la disposición y la determinación de la fecha; y
- 4) La coincidencia entre el contenido del documento y lo declarado por el autor (13).

Con las formalidades del **testamento cerrado ante notario**, evidentemente, el legislador, para favorecer el secreto de lo declarado por el testador, ha establecido determinados requisitos que, si bien no persiguen todos y cada uno de los fines del tipo anterior, sí están llamados a garantizar algunos de ellos. En esta misma línea es importante destacar la previsión del **testamento ológrafo** (o electrónico, para nosotros, como veremos en el siguiente epígrafe). Por lo demás, es importante insistir en la elección realizada por el legislador, que no ha definido esta forma remitiéndose sin más a la escritura privada. Por tanto, como dice TORRES GARCÍA, no podemos afirmar que las formalidades previstas por el legislador para el testamento ológrafo (o electrónico) estén destinadas a producir los mismos efectos que se observan, en general, respecto del acto jurídico privado. En este sentido, el legislador no ha exigido simplemente una

(12) El camino ha sido la reducción a escritura pública de la declaración, pues, a través de ella, una vez proclamada, queda asegurada su constancia y autenticidad. Por lo demás, para el testamento abierto, las formalidades destinadas a garantizar la voluntad del testador, en cuanto a espontaneidad y libertad de la misma, han sido tradicionalmente:

- a) La intervención del notario y de los testigos, en su caso.
- b) El juicio sobre la capacidad del testador y
- c) La unidad de acto.

Por otro lado, las medidas que garantizan la autenticidad del testamento son especialmente:

- a) La presencia del notario, que ampara, bajo la fe pública, la voluntad del testador, otorgándole con su firma la autenticidad y conservándola con la incorporación de ésta a su protocolo.
- b) La identificación del testador.
- c) Los requisitos de redacción, lectura, conformidad y firma.

(13) De esta opinión son GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: "Formalismo jurídico y documento notarial", *Revista de Derecho Notarial*, año 1962, tomo XXXVI, p. 37, y TORRES GARCÍA, Teodora: *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977, p. 46.

actividad dirigida a la formalización de un documento escrito, sino que requiere una actividad realizada enteramente por el propio declarante: de su puño y letra (o bajo firma electrónica, como veremos). Así, no sólo se pretende asegurar la existencia de un soporte material del acto, o la redacción del documento por el propio testador; con este requisito se pretende, además, asegurar que la declaración coincida con la voluntad del declarante (14).

De todo lo anterior se puede deducir que el legislador ha previsto diferentes modos de declarar válidamente la última voluntad, pero destaca el interés que el legislador demuestra en asegurarse de que el contenido del documento se corresponde con el de la declaración del testador (“fidelidad”), así como en garantizar la “autenticidad” total del texto. Estas exigencias resaltan en primer plano las características del testamento como vehículo que contiene y conserva una declaración de un sujeto que únicamente se exteriorizará frente a terceros después del óbito de aquél (15).

Por lo demás, en relación con el principio en virtud del cual el legislador establece diversas modalidades testamentarias, todas ellas igualmente válidas para otorgar relevancia jurídica a la voluntad del testador, es preciso reconocer que el fundamento de este principio se encuentra en el propósito de **proporcionar un soporte material a la manifestación de la voluntad** del testador, como fuente de su propia sucesión *mortis causa* (16). Por ello, **el formalismo testamentario**, partiendo del principio de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, **tiene tres fundamentos básicos**:

— Primero, la necesidad de dotar a la declaración de constatación y certidumbre; es decir, de hacer que lo que aparece como testamento sea efectivamente la voluntad del testador.

(14) TORRES GARCÍA, T.: *El testamento ológrafo*, pp. 47 y ss. Al respecto, véase STS de 23-II-1961.

(15) Sobre el particular se pronuncian las SSTs de 10-VII-1944, 28-X-1965, 10-VI-1966 y 6-II-1969, entre otras.

(16) Esta interpretación sitúa a FERNÁNDEZ DEL MORAL frente a un interrogante: “¿En relación a un acto que forma parte de lo que hemos denominado «contenido atípico» del testamento, se puede reconocer igualmente la posibilidad de realizarlo válidamente de acuerdo con cualquiera de las formas testamentarias? El problema presentará un cariz particular en aquellos casos en los que el legislador guarde silencio en relación a la posibilidad de realizarlo en testamento, pero se trate de acto para cuya validez se exija la escritura pública. En los demás casos, sea porque el legislador atribuye respecto del acto en concreto libertad de forma, o porque expresamente prevé la forma de testamento, reduce notablemente la problemática, aunque, como posteriormente tendremos ocasión de comprobar, no la resuelve definitivamente. Difícilmente se podrá dar una respuesta general y abstracta para todos los posibles casos que la realidad puede presentar”. (FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes: *Autonomía privada y testamento en Derecho común*, Comares, Granada 1996, p. 61.)

— El segundo es la necesidad de garantizar la consciente intención de la declaración y evitar suplantaciones, fraudes, simulaciones y captaciones de la voluntad; para lo que se requiere que la declaración se pronuncie libremente y con seriedad. O, como afirma ONECHA SANTAMARÍA, la de procurar que la decisión obedezca a la exigencia más íntima y sentida por el testador, a la vez que prevenir al causante contra la ligereza en su obrar (17).

— El tercero es ofrecer un soporte material suficiente para preservar la voluntad manifestada hasta el momento de su plena eficacia jurídica (el del fallecimiento del causante); pues se reconoce una importancia esencial a la voluntad (la forma es sólo el cauce para la producción de un concreto efecto *post mortem*: dar a conocer y posibilitar el cumplimiento de la voluntad del finado).

2. Testamento ológrafo o electrónico

El testamento ológrafo es el que extiende por sí el testador, sin intervención de notario ni testigos, escribiéndolo íntegramente de su puño y letra o en soporte electrónico, con fecha y firma del testador. En general, los requisitos, *a priori*, del testamento ológrafo o electrónico son: autorredacción, fecha y firma. Las ventajas de este testamento son la facilidad, la comodidad y la economía, ya que no se requiere el auxilio ni la presencia de un fedatario público. Los inconvenientes de esta forma testamentaria son el peligro de suplantación o la posibilidad de que el documento pueda ser perdido o alterado (18).

Tradicionalmente, el testamento ológrafo debía estar escrito totalmente de puño y letra por el testador. Esta regla estaba destinada a asegurar la expresión de una voluntad libre. No obstante, respecto a la validez del testamento hecho por modelo, el testador puede copiar un modelo redactado por un tercero o servirse de un formulario, como es común en la práctica; lo relevante es que el acto refleje la voluntad del causante, aunque haya sido redactado de forma estándar. Si el testador comprende el sentido del documento, el hecho de copiar un modelo de testamento no le resta eficacia. Por lo demás, estos testamentos deben ser redactados

(17) ONECHA SANTAMARÍA: "Garantías de autenticidad de los testamentos", RGLJ, 2.ª época, LVIII-5, 1971, pp. 673-675.

(18) En efecto, la principal dificultad de este tipo de otorgamiento radica en que el testamento ológrafo genera inseguridad. Así, CASTÁN TOBEÑAS señala algunos casos en los que la misma persona que escribió el documento no pudo distinguir la imitación (CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español*, t. VI, vol. I, Reus, 1989, p. 470).

con caracteres alfabéticos, pero pueden escribirse en cualquier idioma o tipo de letra.

Actualmente, respecto al testamento hecho por escritura digital o con firma electrónica, cabe preguntarse si debe necesariamente trasladarse a soporte papel. La pregunta pretende precisar si el testamento hecho en signos alfabéticos y firmado por el testador puede hacerse en algún otro soporte que no sea papel o similar, por ejemplo “pen computer”. No hay respuestas jurisprudenciales al respecto y las realizadas en torno a la máquina de escribir no son aplicables a esta cuestión. Pues es distinto al caso del testamento redactado por algunos sistemas de ordenador; el cual puede ser totalmente escrito por el testador y firmado por él, pero no en un soporte papel, sino en una pantalla digitalizada, cuyos datos son guardados en la memoria central del PC. En tal sentido, el “pen computer” o la “PC con pluma” es un sistema que posibilita la escritura mediante punzón con cable o lápiz, o a través de una lapicera sin cable que escribe con tinta electrónica en una sofisticada pantalla LCD digitalizada. Este sistema fue desarrollado para posibilitar el uso de la computadora en lugares donde no se podía utilizar el teclado o para confeccionar a través de la pantalla textos a mano. Así, el “pen computer” permite determinar si la firma o la letra se corresponden con la del testador; lo que consideramos seguro, sobre todo bajo firma electrónica. Modalidad que hoy día está extendida y que ofrece plenas garantías; pues se puede apreciar si la firma insertada en el testamento es auténtica (19).

En esta dirección se manifiesta la instrucción de 22 de enero de 2008 de la **Dirección General de los Registros y del Notariado**, sobre solicitud y expedición telemática de certificaciones del Registro de Actos de Última Voluntad (BOE 31 de enero), al disponer que *“La implantación y aplicación efectiva de mecanismos y herramientas propios de la sociedad de la información, y muy especialmente de medios telemáticos, informáticos y electrónicos, tanto en las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública como en la propia organización y funcionamiento de ésta, constituye un auténtica preocupación y un objetivo de los Poderes públicos y de*

(19) En tal sentido, en el caso de los documentos privados –dice GARCÍA MÁS–, el documento electrónico, para poder ser presentado telemáticamente (art. 112, apart. 5.3 y 4, de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en los mismos supuestos que en soporte papel y, por tanto, con carácter excepcional y sólo en los casos y con los requisitos expresamente previstos en las Leyes y los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil), deberá estar firmado con firma electrónica reconocida, amparada en un certificado reconocido, y ello es congruente, además de por pura razón de seguridad, por la propia cobertura legal, ya que única y exclusivamente se establece la equivalencia funcional entre la firma electrónica reconocida y la firma manuscrita, conforme al artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica y al artículo 5 de la Directiva de Firma Electrónica (GARCÍA MÁS, Francisco Javier: “La seguridad jurídica preventiva y las nuevas tecnologías”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, 2006, p. 86).

los más recientes instrumentos normativos. Ello es así hasta el punto de que puede hablarse de un verdadero deber de los Poderes y Administraciones públicas no sólo de dar cumplimiento a los principios señalados, sino también de remover los obstáculos normativos y técnicos que impidan o dificulten la consecución de la aludida finalidad. En esa línea se advierte una inequívoca voluntad de los Poderes públicos de incorporar las tecnologías de la sociedad de la información al ejercicio de la fe pública notarial y a la publicidad de los distintos registros dependientes de ellos, con el objeto de agilizar su trabajo y facilitar los trámites que ante ellos deben realizarse (20). Asistimos en fechas recientes a la promulgación de importantes instrumentos normativos que han venido a explicitar y concretar la voluntad de los poderes públicos y de la sociedad en su conjunto de dar cumplimiento a las necesidades del desarrollo de la sociedad de la información en relación con el ejercicio de funciones públicas y de la función notarial en particular. Así, pueden destacarse... la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de normas reguladoras de firma electrónica y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos... El **Registro de Actos de Última Voluntad**, ... debe igualmente incorporar esas nuevas tecnologías cuya utilización debe generalizarse en todos los registros administrativos como forma de satisfacer las exigencias legales citadas..." (21).

Y, en efecto, la Ley 59/2003, de **firma electrónica**, preceptúa en su artículo 3 que:

(20) Al respecto es importante recordar que la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico (Directiva sobre comercio electrónico), dispone en su artículo 9, apartado 2, que "*Los Estados miembros podrán disponer que el apartado 1 no se aplique a contratos incluidos en una de las categorías siguientes: ... d) los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones*". Disponiendo el apartado 1 que los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Y esta posibilidad de exclusión que tenían los Estados a la hora de redactar sus leyes de trasposición fue recogida en el artículo 23, apartado 4.º, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, al establecer la exclusión sólo con referencia a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones, que era uno de los supuestos contemplados en el artículo 9, apartado 2, letra d), de la mencionada Directiva. En este sentido, véase GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: *Comercio y firma electrónica: análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*, ed. Lex Nova, 2.ª edición, 2004, en especial pp. 260 a 273.

(21) La **Agencia Notarial de Certificación** (ANCERT), sociedad constituida por el Consejo General del Notariado, ha suscrito un acuerdo con el Ministerio de Justicia que permite obtener en las notarías, por **vía telemática**, los **certificados de últimas voluntades**. Los ciudadanos pueden solicitar también al notario el certificado de seguros de vida, que informa sobre las pólizas de cobertura contratadas por el fallecido. Esta aplicación se encuentra operativa desde septiembre de 2007 y ya ha tramitado más de 89.000 certificados. (Fuente: diario *La Ley*, núm. 6927, Sección Hoy es Noticia, 17 abr. 2008, año XXIX.)

“1. La *firma electrónica* es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante (22).

2. La **firma electrónica avanzada** es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control (23).

3. Se considera **firma electrónica reconocida** (24) la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma (25).

4. La *firma electrónica reconocida* tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

5. Se considera **documento electrónico** la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplirse, respectivamente, con lo dispuesto en las

(22) Sobre las respectivas definiciones, véase IGLESIAS REBOLLO, César: “Conceptos jurídicos esenciales de Administración electrónica”, Revista *Análisis Local*, Madrid, número 67, 2006.

(23) Al respecto, véase *Nuevas tecnologías en la contratación* (en especial cap. 11, “Firma electrónica avanzada notarial y servicios electrónicos”, por BELDA CASANOVA, César), VVAA, Seminario de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Consejo General del Notariado y Editorial Civitas, Madrid, 2005.

(24) Los casi tres mil notarios de España disponen de **firma electrónica reconocida** desde 2003. Esta herramienta, desarrollada con los controles de calidad y seguridad más estrictos, ha permitido a la Agencia Notarial de Certificación dotar al colectivo de los sistemas y programas electrónicos precisos para emitir, transmitir y recibir información y copias de las escrituras públicas, así como para realizar diferentes servicios. Desde entonces, la evolución de los proyectos y la utilización de las aplicaciones por los notarios han experimentado un fuerte incremento, indica la Agencia. Así, durante 2007, los notarios usaron sus certificados de firma electrónica reconocida en más de 4.500.000 ocasiones. (Fuente: diario *La Ley*, núm. 6927, Sección Hoy es Noticia, 17 abr. 2008, año XXIX.)

(25) Pese a la vigencia del principio de neutralidad tecnológica, tanto la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, como la Directiva 1999/93/CE, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, atribuyen una especial eficacia jurídica a la firma electrónica avanzada (en España “firma electrónica reconocida”), eficacia basada en un certificado reconocido y acreditada por un dispositivo seguro de creación de firma. Estos efectos se justifican por cumplimiento de unos requisitos estrictos de seguridad que permiten la atribución del mensaje telemático a una persona determinada con plenas garantías de autenticidad. Respecto a los referidos requisitos y su análisis sistemático y práctico, véase CRUZ RIVERO, Diego: *La firma electrónica reconocida. Análisis de los requisitos del artículo 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica*, ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.

letras a) y b) del apartado siguiente y, en su caso, en la normativa específica aplicable (26).

6. El documento electrónico será soporte de:

a) **Documentos públicos** (27), por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública (28), judicial, **notarial** (29) o administrativa, siempre que actúen en el

(26) Nueva redacción dada por la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que incorpora conceptos interesantes. En este sentido, podemos resaltar la inclusión de las partes básicas en las que se descompone un documento electrónico. Por un lado, el soporte de archivo y, por otro, la información que en el mismo se contiene. Además, se ha producido una evolución en el concepto de documento electrónico; ya que el significado de la redacción actual tiene una clara tendencia hacia un concepto amplio de tal documento. Aun más, debemos recordar que la gran novedad del nuevo apartado 5 del artículo 3 de la Ley 59/2003 reside en la eliminación de la necesidad de que el documento electrónico incorpore datos que estén firmados electrónicamente. En definitiva, la antigua redacción parecía reservar la prueba documental sólo a los documentos que hubiesen sido firmados electrónicamente y no al resto de documentos, algo que desde todo punto de vista era incomprensible; pues la redacción inducía a pensar que en el supuesto de que un documento no hubiese sido firmado electrónicamente perdería su naturaleza documental probatoria. O dicho de otra forma, puesto que el documento electrónico podría estar firmado electrónicamente, resulta evidente que la firma electrónica sería un instrumento probatorio importante, exactamente como ocurre en un documento que esté redactado en soporte papel y que esté acompañado de firma manuscrita autenticada notarialmente. Otra cuestión importante es la inclusión del nuevo párrafo 2.º del apartado 5.º en LFE por parte de la Ley 56/2007. Este nuevo párrafo hace referencia de forma exclusiva a los documentos públicos y administrativos, que de alguna forma los exceptuona del párrafo 1.º del apartado 5.º, manifestando que deben cumplir, únicamente cuando se trate de documentos electrónicos, en primer lugar, lo establecido en los subapartados a) y b) del apartado 6, y, en segundo lugar, lo establecido en las normas reguladoras de los documentos públicos y administrativos y la consiguiente legislación específica que los pueda regular. (PUNZÓN MORALEDA, Jesús: "Reflexiones en torno al documento electrónico y la firma electrónica", diario *La Ley*, núm. 6986, 10 de julio de 2008.)

(27) La redacción del artículo 318 de la LEC (reforma efectuada en la ley procesal civil por la Ley 41/2007) queda como sigue: *Los documentos públicos tendrán la fuerza probatoria establecida en el artículo 319 si se aportaren al proceso en original o por copia o certificación fehaciente, ya sean presentados éstos en soporte papel o mediante documento electrónico, o si, habiendo sido aportado por copia simple, en soporte papel o imagen digitalizada, conforme a lo previsto en el artículo 267, no se hubiere impugnado su autenticidad.*

(28) Particulariza este concepto LÓPEZ MERINO, Francisco, en "El desafío de las nuevas tecnologías a los sistemas de dación de fe", en *Actualidad Administrativa*, semana del 16-22 junio 2003.

(29) Respecto a los documentos públicos notariales, señala MICÓ GINER que la firma electrónica no altera esta clasificación de nuestro Derecho y que, por tanto, sólo son documentos públicos electrónicos notariales los firmados electrónicamente por los funcionarios que dan fe pública notarial (notarios, corredores de comercio) siempre que actúen en el ámbito de sus competencias y con los requisitos exigidos por la Ley (MICÓ GINER, Javier: *La firma electrónica de notarios y registradores y el documento público electrónico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 60). Al respecto, véase el artículo 115.1 de la Ley 24/2001, que modifica la Ley del Notariado añadiendo un artículo 17 bis, en el que se regula el documento público electrónico, y admitiendo la posibilidad de expedición de copias autorizadas de escrituras matrices en so-

ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.

b) **Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica** (30).

c) **Documentos privados.**

7. Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable.

8. El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio (31)...

9. No se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica" (32).

Así, la Ley 59/2003, de Firma Electrónica (LFel), establece un sistema de identificación telemática, pero en el ámbito de las relaciones jurídico-

porte electrónico. También son de interés para el tema tratado los artículos 196 y 221 del *Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado* tras la reforma realizada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2007). En definitiva, se exige que la firma electrónica provenga de un funcionario público con facultad para dar fe pública, que el funcionario actúe en el ámbito de su competencia y con aquellos elementos o requisitos que exija la ley reguladora.

(30) La denominación de "instrumentos públicos" para los "**documentos públicos notariales**" es terminología muy antigua entre nosotros, que conserva su vigencia; pues, procedente del Derecho común, fue introducida por las Partidas: "e hay otra escritura que llaman instrumento público, que es fecho por mano de Escribano público de concejo" (P. III.18.1); y llega hasta la Constitución Española, al establecer la competencia exclusiva del Estado sobre la "ordenación de los registros e instrumentos públicos" (art. 149.1.8.º). También la sigue el Reglamento Notarial: "El instrumento público comprende... todo documento que autorice el notario..." (RN art. 144.1).

(31) Sobre el particular, véase CRUZ RIVERO, Diego: *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, Marcial Pons, Madrid, 2006; y ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: "El valor probatorio de la firma electrónica", en PEGUERA POCH, Miquel: *Derecho y nuevas tecnologías*, Editorial UOC, Barcelona, 2005.

(32) La reforma efectuada en la Ley procesal civil por la Ley 41/2007 dispone una nueva redacción de los apartados 1 y 2 del artículo 268 de la LEC, que queda como sigue: "1. Los documentos privados que hayan de aportarse se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados. Estos documentos podrán ser también presentados mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente. 2. Si la parte sólo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta, ya sea en soporte papel o mediante imagen digitalizada en la forma descrita en el apartado anterior, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes".

públicas hace una excepción, permitiendo que las Administraciones Públicas establezcan condiciones adicionales a la utilización de la firma electrónica (33), en especial en cuanto a necesidad de prueba respecto de la fecha del documento (34). Además, como se deduce del texto transcrito, la LFel define tres tipos de firma que se basan en los niveles de seguridad que alcanza cada una, y equipara la firma electrónica reconocida a la realizada de puño y letra o manuscrita por su autor (35) (art. 3, apart. 4) (36).

Pero la firma manuscrita tradicional –dice SANTAMARÍA– tiene como funciones: 1) Identificar a una persona; 2) Proporcionar certidumbre en cuanto a su participación personal en el acto o documento firmado; 3) Vincular a esa persona con el contenido del documento, y 4) Expresar la

(33) Sobre firma electrónica y Administración, véase ALMONACID LAMELAS, Víctor: “La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica y la aplicación de las nuevas tecnologías a la Administración Local”, *Revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, quincena 15-29 julio 2004; y ALAMILLO DOMINGO, Ignacio: “La firma electrónica en la Administración pública”, *Revista de Estudios Locales*, Madrid, número extra, julio 2004.

(34) El artículo 4 regula el “*Empleo de la firma electrónica en el ámbito de las Administraciones públicas*. 1. Esta ley se aplicará al uso de la firma electrónica en el seno de las Administraciones públicas, sus organismos públicos y las entidades dependientes o vinculadas a las mismas y en las relaciones que mantengan aquéllas y éstos entre sí o con los particulares. Las Administraciones públicas, con el objeto de salvaguardar las garantías de cada procedimiento, podrán establecer condiciones adicionales a la utilización de la firma electrónica en los procedimientos. Dichas condiciones podrán incluir, entre otras, la imposición de fechas electrónicas sobre los documentos electrónicos integrados en un expediente administrativo. Se entiende por **fecha electrónica** el conjunto de datos en forma electrónica utilizados como medio para constatar el momento en que se ha efectuado una actuación sobre otros datos electrónicos a los que están asociados...”. El artículo 6 recoge el concepto de **certificado electrónico** y de **firmante**, al disponer que: “1. Un certificado electrónico es un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad. 2. El firmante es la persona que posee un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en nombre de una persona física o jurídica a la que representa”. No obstante, la disposición adicional primera reza: “Lo dispuesto en esta ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias siempre que actúen con los requisitos exigidos en la ley”.

(35) A través de los nuevos sistemas tecnológicos –dice SANTAMARÍA–, el soporte papel es sustituido por el documento electrónico, documento en el cual es imposible firmar de una forma tradicional, ya que nos encontramos en presencia de un documento intangible y fácil de reproducir, sin que *a posteriori* seamos capaces de diferenciar el original de la copia. Ante esta necesidad surge la firma electrónica, cuya primera definición, no demasiado rigurosa, sería “cualquier medio o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita”. Por ello, la firma digital debe ofrecernos, si no mayor, igual seguridad que la firma manuscrita. (SANTAMARÍA RAMOS, Francisco José: “La firma digital y el comercio electrónico”, diario *La Ley*, 10 de enero de 2005.)

(36) Sobre las distintas firmas, véase ALCOVER GARAU, Guillermo: “Concepto de firma electrónica, firma electrónica y firma manual”; e ILLESCAS RUS, Ángel: “Firma manuscrita, firma digital y valor probatorio”, ambos en *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*, VVAA, Consejo General del Notariado y Editorial Civitas, Madrid, 2002.

voluntad de conformidad con lo contenido en el documento. Así, la firma manuscrita, si bien no queda exenta de falsificaciones, nos aporta una certeza y seguridad prácticamente plenas, debido, sobre todo, a las medidas de seguridad tomadas a la hora de realizar ciertos negocios jurídicos. Cuando una persona firma de puño y letra un documento normalmente suele hacerlo en presencia de otras personas, que puedan verificar la identidad del firmante, y en caso de duda se puede recurrir a expertos en caligrafía para verificar que una firma corresponde a una determinada persona. Ésta es precisamente la función que desempeñan los certificados reconocidos y los dispositivos seguros de creación de firma electrónica: 1) Verifican la identidad del firmante de un documento electrónico, y 2) Aseguran que una firma digital corresponde a una única persona, siendo imposible que otra persona tenga la misma firma. Y el legislador español –continúa dicho autor–, en el artículo 3 de la LFel, además de reconocer cualquier conjunto de datos que puedan ser utilizados como medio de identificación del firmante, reconoce con plenos efectos jurídicos, es decir, totalmente equiparable a la firma manuscrita, la firma electrónica reconocida, definiéndola en el artículo 3.3 como *la firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido y generada en un dispositivo seguro de creación de firma* (37).

Con todo, en el mismo año en que se aprobó la LFel entró en vigor otra norma de gran relevancia en las relaciones de la Administración con terceros (38), la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que introduce un avance significativo en el campo de la simplificación del uso de la firma electrónica; pues, al reconocer su eficacia en una norma de carácter *general*, se evita la técnica normativa seguida hasta ese momento, consistente en la regulación del uso de la firma electrónica a través de las normas reguladoras de los diferentes tributos. No obstante, todo este proceso de fortalecimiento de la confianza en las relaciones telemáticas –dice CORONA HERRERO– ha cristalizado en una nueva forma de identificación en España, en la que volvemos a ser pioneros: el **Documento Nacional de Identidad Electrónico (DNIe)** (39), que permite a la perso-

(37) SANTAMARÍA RAMOS, Francisco José: “La firma digital y el comercio electrónico”, diario *La Ley*, 10 de enero de 2005.

(38) Al respecto, *Plan estratégico de modernización: conecta tu administración en red*. Publicación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas, 2005; PUNZÓN MORALEDA (coord.): *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2005; PINTO MOLINA, María: *La ciberadministración española en la sociedad de la información: retos y perspectivas*, ed. Trea, Gijón, 2004.

(39) Para dicho autor, la LFel introdujo en el capítulo III de su título II este medio de identificación, otorgándole incluso más eficacia y funciones que a su homólogo en papel, imponiendo la obligación a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, de reconocer la efi-

na titular del documento acreditar electrónicamente y de forma indubitada su identidad y firmar digitalmente documentos electrónicos, otorgándoles una validez jurídica equivalente a la que les proporciona la firma manuscrita. El DNLe atribuye a su titular una firma electrónica reconocida que le permite firmar sus documentos privados o realizar transacciones telemáticas con un tercero o con las Administraciones Públicas (40), garantizando con total seguridad su identidad (41).

En tal sentido, el DNLe es el documento que acredita física y digitalmente la identidad personal de su titular y le permite la firma electrónica de documentos, lo que ofrece ventajas al ciudadano con respecto al DNI convencional; pues el DNLe va a posibilitar en el mundo virtual de la red lo mismo que el convencional en el mundo físico (42). La principal ventaja es que además de identificar al usuario ante terceros permite la firma electrónica. El nuevo DNI aporta seguridad, rapidez, comodidad y la inmediata realización de trámites privados, administrativos y comerciales a través de medios telemáticos. No olvidemos que probablemente sea el único documento con firma electrónica que tiene un número de documento y dos certificados: uno de firma y otro de autenticación (43).

cacia del DNLe “para acreditar la identidad y los demás datos personales del titular que consten en el mismo”, pero da un paso más disponiendo su necesaria validez “para acreditar la identidad del firmante y la integridad de los documentos firmados con los dispositivos de firma electrónica en él incluidos”. Como consecuencia del desarrollo de la LFe a través del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula el Documento Nacional de Identidad y sus certificados de firma electrónica, en el año 2006 se inició el programa piloto de sustitución del DNI tradicional por el DNLe (DNI-electrónico); es decir, por una tarjeta de plástico dotada de un chip con información, tanto pública como privada, desde la que se trasladan las características específicas del documento (acreditación de la nacionalidad y de los datos que en él aparecen) al mundo de las nuevas tecnologías. (CORONA HERRERO, Jorge Ulises: “Una nueva administración: modernidad y tecnología”, diario *La Ley*, 17 de julio 2007.)

(40) GARCÍA RUBIO, Fernando: *Las nuevas tecnologías ante el derecho y la organización administrativa*, ed. INAP, Madrid, 2003.

(41) Al respecto, véase *Nuevas tecnologías en la contratación* (en especial cap. 13, “Firma electrónica y servicios de las Administraciones Públicas”, por RUIZ MAHILLO, Sergio Ramón), VVAA, Seminario de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Consejo General del Notariado y Editorial Civitas, Madrid, 2005.

(42) GARCÍA GARCÍA, Simeón, e IVARS BAÑULS, José Antonio: “La firma electrónica al servicio del ciudadano”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, quincena del 15-27 de febrero 2005.

(43) En la actualidad –dice PASTOR SERRANO– se habla ya de conceptos como clave pública y clave privada, términos desconocidos para el ciudadano hasta la aparición del formato electrónico. A modo de explicación rápida –comenta–, la clave privada es una clave personal que únicamente conoce y custodia su propietario y que es utilizada para crear firmas digitales, así como para descifrar mensajes con la clave pública. La clave pública es la que conoce o puede conocer el resto de usuarios del sistema, aquellos que quieran comunicarse de modo seguro con el propietario de la misma. Se utiliza para verificar firmas creadas con su correspondiente clave. En definitiva, es el código que faculta la firma, el que acredita al firmante. Debemos entender, por tanto, que la salvaguarda de la confidencialidad es absoluta. El conocimiento

A mayor abundamiento, como prueba de los esfuerzos continuados por hacer realidad la implantación definitiva de las nuevas tecnologías (44), encontramos recientes textos legales: la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (45); la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; la comentada Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica y, en fin, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a las Administraciones Públicas. Ley que, respecto a las formas de identificación y autenticación de los ciudadanos –nos dice VILLARINO MARZO (46)–, contempla que éstos puedan utilizar, en todo caso: 1) los sistemas de firma electrónica incorporados al DNIe; 2) los sistemas de firma electrónica avanzada admitidos por las Administraciones Públicas (que deberán ser públicos y accesibles por medios electrónicos, al igual que lo deberán ser las características de los certificados admitidos, los prestadores que los expiden y las especificaciones de la firma electrónica que pueden realizarse con dichos certificados); así como 3) otros sistemas de firma electrónica que en todo caso requerirán de la señalización por las Administraciones Públicas de los supuestos y condiciones de su utilización por los ciudadanos. Para cerrar el régimen jurídico de la Administración electrónica se regula la existencia de documentos, copias, archivos y expedientes electrónicos. Así, se contemplan aspectos tales como el de las condiciones para reconocer la validez de un documento electrónico o el sistema de copias electrónicas, con independencia de las características del documento originario, es decir, sea o no electrónico (47).

En base a ello, en cuanto a los *caracteres del papel*, dado el caso de que el testador prefiera imprimir en tal soporte el documento con sus

de la clave privada sólo la tiene el titular de ese DNIe. No existe copia de esa clave en ningún otro soporte. Además, la Agencia de Protección de Datos ha estado vigilante en todas las fases del proyecto. (PASTOR SERRANO, Mauricio, Jefe de Gestión Técnica de la División de Coordinación Económica y Técnica de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, en diario *La Ley*, 17 de julio de 2007.)

(44) Véase SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima: “Las nuevas tecnologías de la información y modernización de la Administración Pública”, en *Actualidad Administrativa*, Madrid, número 1, enero 2005.

(45) Sobre el particular, GARCÍA MEXÍA (director): *Principios de derecho de Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

(46) VILLARINO MARZO, Jorge: “El acceso electrónico de los ciudadanos a las administraciones públicas”, diario *La Ley*, 17 de julio de 2007.

(47) Los ciudadanos –dice VILLARINO MARZO– pueden elegir comunicarse o no con las Administraciones por medios electrónicos, mientras que éstas utilizarán estos medios cuando los ciudadanos lo hayan solicitado o consentido expresamente; siendo válidas las comunicaciones siempre que haya constancia de la transmisión y la recepción de sus fechas, de su contenido íntegro y se identifique al remitente y al destinatario de manera fidedigna. (VILLARINO MARZO, Jorge: “El acceso electrónico de los ciudadanos a las administraciones públicas”, diario *La Ley*, 17 de julio de 2007.)

voluntades, ¿se pueden utilizar papeles con membrete para otorgar testamento? Tradicionalmente se ha dicho que es válido el testamento ológrafo (o electrónico, cabe entender) extendido (o impreso) en papel con membrete comercial, toda vez que es indiferente el tipo de papel utilizado en tanto haya mediado intención de testar. También se ha aceptado la validez del testamento redactado en varias hojas separadas, siempre y cuando exista unidad de razonamiento dispositivo entre ellas. En cambio, si no existe continuidad entre unas hojas y otras se declara la nulidad del testamento si carece de sentido. Sobre este particular conviene mencionar la STS de 19 de diciembre de 2006, en la que la cuestión litigiosa se centraba principalmente en la determinación de si una tarjeta de visita y la carta que la acompañaba, remitidas por el testador desde Francia, constituían o no testamento ológrafo y, en definitiva, si quedaba revocado el anterior testamento notarial. Al respecto, la Sala considera que la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador, que es la manifestada en el momento en el que realizó el acto de disposición; es decir, en el instante del otorgamiento del último testamento (48), según establece el artículo 675 del Código Civil y ha sido recogido por la doctrina jurisprudencial concerniente a este precepto (49). Para la Sala, entre los medios de interpretación testamentaria se encuentran primordialmente los siguientes: 1) El elemento **literal o gramatical**, del que procede partir según el propio artículo 675 y, además, con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad (50); 2) Los elementos **sistemático, lógico y finalista**, empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad (51); y 3) Los elementos de **prueba extrínsecos**, que son admitidos por las doctrinas científica y jurisprudencial (52), ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario, como veremos más adelante.

Así, en el referido asunto, interpretado el manuscrito obrante en la tarjeta de visita conforme a estos criterios, el Alto Tribunal consideró la existencia de voluntad real de disposición *mortis causa* de los bienes, lo que se confirma con el propio texto de la carta. Entre sus razonamientos, expone la sentencia que en “*la tarjeta de visita se utiliza la expresión «mi*

(48) Entre otras, SSTs de 29 de diciembre de 1997 y 23 de enero de 2001.

(49) Así, SSTs de 9 de marzo de 1984, 9 de junio de 1987, 3 de noviembre de 1989, 26 de abril de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, 18 de julio y 28 de septiembre de 2005, entre otras.

(50) STS de 18 de julio de 2005.

(51) STS de 31 de diciembre de 1992.

(52) Entre otras, SSTs de 29 de diciembre de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de mayo de 2002 y 21 de enero de 2003.

deseo de sustituir», y «deseo», entre otras acepciones, quiere decir «intención» o «interés»; lo que representa una actitud similar a «voluntad», de la que es sinónima y, en la práctica, es utilizada en este sentido en los testamentos notariales. Además, la circunstancia de que el testador no acudiera a la notaría para otorgar nuevo testamento con la nominación del actor como heredero, configurada como trascendental para la sentencia de apelación, no era precisa en este caso, en virtud de que el negocio jurídico formal determinado en la tarjeta de visita se había canalizado de acuerdo con las normas prescritas en el Código Civil para el testamento ológrafo (artículo 688 del Código Civil) y el testador no tenía que validar su voluntad mediante otro testamento notarial”. En el fundamento de derecho tercero se ratifica íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que estimando la demanda declaró: a) La protocolización del testamento ológrafo del causante; b) La revocación e ineficacia del testamento notarial; y c) La nulidad de todos los documentos públicos y privados de adjudicación de los bienes, derechos y acciones de la herencia (53).

Sobre las correcciones o interlineados manuscritos en los testamentos ológrafos o en los testamentos impresos en soporte papel es necesario que las palabras tachadas, enmendadas o interlineadas sean salvadas bajo firma del testador. No obstante, las entrelíneas no requieren, en principio, ser salvadas; entendiendo por “entrelíneas” frases o palabras inteligibles escritas por el testador para completar el sentido de alguna disposición, y no rayas o signos. Pues la autoría e interpretación de estos últimos, ausentes de los caracteres de la letra escrita, se presta a criterios subjetivos que, en materia de testamentos, es precisamente lo que la ley prohíbe (54).

(53) Asimismo, se condena a la demandada (la designada en el testamento notarial revocado) a entregar al heredero del causante (el designado en el testamento ológrafo) la totalidad de los bienes inmuebles, muebles, derechos, acciones, divisas, dinero y cualesquiera otros que estén en su posesión, procedentes de la mencionada herencia, restituyendo con ellos sus accesorios, frutos y devengos producidos y pendientes al tiempo de la interposición de la demanda, y el valor de aquellos bienes que hubiese enajenado desde el momento en que entró en posesión de la herencia; circunstancias que derivan de la ineficacia del testamento. Al respecto nos remitimos a lo que ya dijimos en “Nulidad de las disposiciones de última voluntad”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 60, 2006, pp. 279 y ss.

(54) En tal sentido, el TSJ de Cataluña, en S. de 7 de enero de 1993, relativa a un testamento ológrafo, ha declarado que *no anulan totalmente el testamento pequeñas enmiendas no salvadas*, siendo de exclusiva competencia del Tribunal sentenciador el determinar como cuestiones de hecho si en el otorgamiento de los testamentos se han observado las formalidades establecidas en cada caso por la ley. Corresponde, pues, juzgar en cada caso concreto la validez de las enmiendas, tachaduras, interlineados y notas marginales que en principio son válidas si aparecen bajo firma, pero que si son excesivas crearían una presunción de que no se trata de un testamento definitivo, sino de un proyecto o borrador. Al hilo de esta argumentación, la disposición marginal agregada por el testador, sin llamada expresa en el cuerpo del testamen-

Pero no todo acto dispositivo escrito, datado y firmado debe ser reputado testamento ológrafo, pues es necesario un propósito manifiesto de testar; además, el documento debe tener independencia racional e intelectual de otros escritos. No obstante, es válido el testamento redactado con apariencia de carta misiva; pudiéndose distinguir entre las simples afirmaciones incidentales contenidas dentro de la misiva (y relativas, por ejemplo, a la posible intención o proyecto de su autor de beneficiar a alguna persona) del instrumento redactado como carta, pero con la constatable finalidad de transmitir los bienes y derechos para después del fallecimiento de su suscriptor. Y en este orden de ideas se ha sostenido que la pieza en la que el causante efectúa instrucciones acerca de la administración de sus bienes, como, por ejemplo, la culminación de una operación de venta de un terreno o la repartición de un cheque firmado en blanco, no constituye un testamento, porque no demuestran la voluntad firme y deliberada de disponer de los bienes *mortis causa*. A este respecto, es necesario tener en cuenta que incluso cuando el testamento, en el momento de su otorgamiento, no reúna los debidos requisitos de fe como acto público (el ológrafo, por ejemplo), sí podrá calificarse como acto público cuando comienza a producir los efectos frente a terceros. Así, el testamento se habrá visto revestido de estas peculiaridades con posterioridad a su origen o redacción. En todo caso, las finalidades que el legislador ha pretendido tutelar en relación a este determinado acto, al imponer la forma del acto público, seguramente quedan tuteladas con la actuación del fedatario y, en su caso, con la adveración y protocolización del testamento (55). En efecto, la doctrina ha señalado como **finalidades** perseguidas por el legislador, de forma general, con la imposición de la forma de acto público, según los casos, las siguientes: a) proteger al autor del acto, su consentimiento y voluntad; b) dotar de certidumbre el contenido del negocio, y c) determinar efectivamente la realización y el nacimiento de un determinado negocio jurídico.

Por lo demás, en relación a las formalidades testamentarias, se plantea una cuestión ulterior que puede afectar al contenido de la disposición; nos referimos a la “**conversión**” del testamento. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia admiten la posibilidad de reconocer validez a la conver-

to y sin fecha ni firma particulares, es nula y sin influencia sobre el resto del acto, ya sea que el agregado haya sido hecho en el mismo momento, ya con posterioridad a la escritura del testamento.

(55) Cualquiera que sea la finalidad en virtud de la cual el legislador haya establecido, ante un cierto acto, la exigencia de la forma de acto público, quedará satisfecha con la adveración y protocolización del testamento ológrafo. En este sentido se manifiestan TORRES GARCÍA, T.: *El testamento ológrafo*, pp. 57 y ss., y FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes: *Autonomía privada y testamento en Derecho común*, Comares, Granada 1996, pp. 62-63.

sión formal que puede producirse cuando un pretendido testamento cerrado o secreto puede tener relevancia jurídica como testamento ológrafo si, ante la falta de los requisitos necesarios para reconocer en este acto un testamento cerrado, reúne, en cambio, los requisitos exigidos para el ológrafo (56), de acuerdo con el artículo 715 del CC.

En cuanto a la **fecha** del testamento ológrafo o electrónico, su falta o inexactitud puede motivar la nulidad; no obstante, la datación es un requisito que cobra especial trascendencia en estos testamentos, por lo que es un tema que trataremos a continuación, aunque no hay que olvidar que algunas de las soluciones expuestas pueden extenderse a otros tipos de testamento.

a) *Expresa mención de la fecha.* El Código Civil exige que el testamento tenga fecha, pero no especifica qué se entiende por tal. En este sentido se acepta que en lugar del día y año se designe con otras palabras que la puedan identificar; por ejemplo, Primero de año de 2007, Lunes Santo de 2006, mi cumpleaños de 2008, etc. Así, en nuestra opinión, la ley no necesariamente requiere la expresa mención del día, mes y año. En tal sentido, cuando enviamos una carta y la encabezamos "Noviembre de 2001", nadie puede afirmar seriamente que no está fechada. Empero, para la validez del testamento, el artículo 688 del CC requiere la expresión del día, mes y año en que se otorgue, mas dicho precepto teleológicamente no dispone que el testamento deba indicarlos ineludiblemente, sino que todos esos datos pueden ser reemplazados por enunciaciones equivalentes que fijen la fecha del otorgamiento u otro tipo de circunstancias o documentos que acrediten su fecha aproximada o deducible.

Por lo demás, la precisión del día puede ser necesaria en el caso de que haya otros testamentos fechados en el mismo mes y año, o porque en ese tiempo el causante haya sido declarado demente. En esos casos es indispensable designar exactamente el día del otorgamiento para poder determinar si ese testamento fue la última voluntad del causante o si era capaz para otorgarlo. Pero no mediando esas circunstancias u otras similares, la mención del día puede ser superflua. Además, un testamento electrónico es susceptible de tardar algunos días en terminarse de redactarse y, generalmente, tan válida sería la fecha de inicio como la de terminación del otorgamiento. Con todo, la determinación de la fecha puede tener trascendencia para:

(56) Véase DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *La conversión del contrato nulo (su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 48 y ss., especialmente p. 58.

- 1) Determinar la capacidad del testador al momento de su emisión.
- 2) Esclarecer, en caso de pluralidad de testamentos, cuál debe prevalecer.
- 3) Reconocer, dado el caso, si se han cumplido las formalidades vigentes al momento de su otorgamiento o si dichas solemnidades han variado con posterioridad.

En definitiva, la exigencia de la fecha en los testamentos electrónicos debe ajustarse a las finalidades que el legislador ha tenido en cuenta al incluirla como requisito de este tipo de otorgamiento, tales como la de juzgar la capacidad del testador, por razón de su edad o de su estado mental; o la de establecer, en caso de pluralidad de testamentos, cuál debe prevalecer, es decir, si ha sido revocado por otro testamento de fecha más reciente; o la de determinar la relación que la fecha del testamento puede guardar con hechos que signifiquen maniobras dolosas con fines de captación de la voluntad; o los casos en que es necesario establecer, por ejemplo, si el testamento es anterior al matrimonio del testador, etc. No dándose esta circunstancia, la fecha podría ser un dato prescindible y no esencial. Pues hay casos en los que la falta de fecha o la indeterminación de ésta no influye para nada en la validez del testamento si no se han suscitado controversias cuya solución dependa del tiempo en que éste fue otorgado. Así, planteada ante un juez, entendemos que éste podría aceptar la validez de un testamento ológrafo o electrónico sin fecha en caso de que, por ejemplo, el causante fuera soltero, sin parientes ni problemas o dudas en cuanto a su salud mental o edad necesaria para testar en la época del otorgamiento y sin la coexistencia de otras disposiciones de última voluntad. Esta solución es fácil de aceptar de *lege lata*, ya que sería conveniente flexibilizar esta exigencia de acuerdo con las circunstancias del caso (57).

(57) En tal sentido, la **jurisprudencia francesa** registra un caso interesante sobre la falta de fecha en el testamento ológrafo. El caso resuelto por la Casación Civil en junio de 1994 trataba de lo siguiente: El testador había muerto el primero de marzo de 1987, dejando como herederos a su viuda, su madre, un hermano y una hermana. Por un primer testamento ológrafo del 22 de junio de 1975 él había legado la totalidad de los bienes a su esposa; por un segundo testamento no fechado, pero escrito en el espacio en blanco de un sobre que tenía matasellos postal de fecha 19 de febrero de 1987, había legado todos sus bienes a su madre. La Corte de Apelaciones de París anuló este segundo testamento. Para pronunciarse sobre esta nulidad la Corte de Apelaciones puso de relevancia que no existía ningún elemento intrínseco o extrínseco que permitiera determinar con precisión en cuál de los diez días del período existente entre el 19 de febrero de 1987 y el primero de marzo de 1987 (fecha del fallecimiento) el testamento había sido redactado. La Corte de Casación revocó la decisión de la Cámara de Apelación teniendo en consideración que el sello de correos que figuraba en el documento sobre el cual estaba redactado el testamento aportaba la certeza de que su redacción no podía ser anterior al 19 de febrero de 1987, y como entre el 19 de febrero y el primero de marzo el testador no había perdido sus facultades mentales, ni tampoco había dictado un testamento revo-

b) *Fecha incompleta, errónea o falsa.* La fecha incompleta es aquella a la que le falta algún dato; por ejemplo, el día, el mes o el año. Puede deducirse cuando haya quedado incompleta por inadvertencia del testador y el testamento contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan determinar la fecha de una manera más o menos cierta. Así, entendemos aceptable la determinación del año de redacción del testamento con la mención en su texto de la edad del otorgante, y más si existen comprobaciones idóneas para demostrar el año que había nacido. También reputamos válido el testamento aunque su fecha se limite a indicar el año del otorgamiento, sin que esté indicado el día ni el mes en que se redactó; pues no habiendo ningún otro testamento o no demostrándose incapacidad del testador, la indicación del día o la hora deja de revestir el carácter de una formalidad ineludible, siempre que sea constatable que el testador tenía cumplidos los dieciocho años, si se trata de testamento electrónico u ológrafo (58).

En igual sentido, el testamento es válido si en sus disposiciones se advierte error en la fecha, pero éste puede ser corregido; por ejemplo, si pusiera: “redacté mi testamento el 4 de marzo de 2008, aniversario de mi casamiento”, si éste se hubiera producido el 14 de marzo el error no invalidaría el acto por no ser esencial. Respecto a la fecha falsa, es aquella en la que, por ejemplo, el testador ha antedatado o posdatado voluntariamente su testamento a los fines de lograr una capacidad que de otro modo no hubiera tenido. Nosotros nos inclinamos por aceptar la postura que admite que el testador es libre de fechar cuando quiera el testamento. En tal sentido, la alegación de que es falsa dicha fecha debe ser sustentada en interés legítimo por quien la impugna.

Llegados a este punto creemos conveniente hacer una observación, pues la **Constitución** Española de 1978 reconoce el Derecho a la herencia, no sólo como derecho del beneficiario, sino como facultad del testador para poder decidir el destino de sus propios bienes. En este sentido, nuestro ordenamiento considera a la sucesión *mortis causa* como un derecho constitucionalmente protegido; al preceptuar el artículo 33 de nues-

catorio o tenido hijos, no existía ninguna razón para anular la disposición testamentaria, pues aunque no tuviera fecha escrita del puño del testador, ésta se deducía en términos aproximados (Corte Francesa de Casación 1.ª de lo Civil, de 1 de junio de 1994).

(58) Sobre el particular, la **jurisprudencia francesa** también registra un interesante caso: La Cámara de Apelaciones de Colmar declaró la nulidad de un testamento ológrafo en el que sólo se enunciaba como fecha “mayo de 1984”. El fundamento de la nulidad fue que no se permitía establecer qué día había sido escrito el testamento durante el mes de mayo de 1984. La Corte de Casación (Corte Francesa de Casación 1.ª de lo Civil, de 9 de noviembre de 1993) revocó esta resolución considerando que la indicación del mes de mayo de 1984 era compatible con las disposiciones testamentarias y que, por tanto, el testamento estaba fechado.

tra Carta Magna que “*se reconoce el derecho a la herencia*”, siendo éste un derecho de los ciudadanos que, según preceptúa el artículo 53, posee un “*contenido esencial*” *que debe ser respetado por la ley y que vincula a todos los Poderes Públicos*. Si a ello añadimos que nuestra Ley de leyes propugna como valor superior *la libertad*, cualquier traba legislativa que, en función de la validez formal de un acto, limite desproporcionadamente la disposición de los propios bienes es inconstitucional y reduciría ilegalmente el ámbito del derecho a la herencia. En base a ello, el Código Civil y las leyes de desarrollo regulan el fenómeno sucesorio con arreglo a dos criterios principales:

- 1.º Respetar la libertad de disponer por causa de muerte; y
- 2.º Propiciar que las relaciones jurídicas del finado tengan continuidad.

Pero la **interpretación actual** del régimen jurídico de los testamentos no debe circunscribirse a su clásica concepción, ya que hoy día la realidad social adquiere peculiaridades muy diversas que no fueron previstas por el legislador cuando se redactó el articulado que los reglamenta; por lo que habría que extender la aplicación del régimen de los testamentos a nuevos supuestos. Sin olvidarnos de que los artículos del Código Civil que regulan estos otorgamientos no han sufrido apenas modificación desde 1889, por lo que su exégesis requiere la amplitud que se le supone hoy. Bajo estos argumentos, las modalidades testamentarias no pueden entenderse limitadas y cerradas; debiendo permitirse como válidos otros tipos de testamentos acordes con los tiempos y los actuales medios de redacción y declaración; pues el régimen del testamento debe orientarse hacia la materialización de la voluntad del testador manifestada en algún documento o medio de prueba, siendo válidos para dar cauce a la última disposición tipos o formas testamentarias no específicamente designadas en el Código Civil.

Por eso, cuando tratamos sobre su **ámbito personal** de aplicación y analizamos a los posibles testadores, autorizantes y testigos, los interpretamos en base al sentido práctico e igualitario de esta institución jurídica. Bajo esta observación, en cuanto al testamento electrónico, entendemos que es posible una interpretación adaptada a la actual cualificación intelectual y material de los ciudadanos de nuestros tiempos, en los que el analfabetismo es casi inexistente; pues hoy la mayoría de los ciudadanos sabe leer y escribir, tiene acceso a medios informáticos de impresión y grabación de documentos, éstos pueden ser protegidos mediante claves personales, etc.

En conclusión, en adaptación del Derecho a la “realidad social” actual, y por lo ya dicho al respecto, entendemos válido el testamento re-

dactado como documento bajo firma electrónica; también será eficaz el testamento otorgado mediante "PC con pluma" o las disposiciones de última voluntad *recogidas bajo firma en un CD* o similar y presentadas como tal ante el depositario o autorizante. Del mismo modo, tales disposiciones pueden ser otorgadas en algún *medio audiovisual*, tipo vídeo o cinta audio. Por supuesto, estos **testamentos electrónicos** serán válidos siempre que el juzgador pueda deducir de tal medio la cabal voluntad del autor y sin perjuicio de su posible impugnación si se aporta prueba de la falsedad o la manipulación del mismo; pues **para dar forma válida a la última voluntad dispositiva será eficaz cualquier medio material que sirva de soporte físico de la idónea manifestación y la preserve en su redacción original**. Otra cosa es que tal manifestación, como prueba frente a terceros, cobre más valor si han intervenido el fedatario público y/o testigos.

3. La voluntad del testador y la revocación del testamento

El testamento es esencialmente revocable: es un acto unilateral y de última voluntad (59), pero sin perder de vista, como nos recuerda la jurisprudencia, que la revocación es un principio de orden público, dado que el testador no puede declarar que testa de una manera definitiva o para siempre. Y nuestro Código, en el artículo 739, consagró en esta materia la regla de revocación de un testamento por otro posterior, siguiendo las máximas del Derecho Romano en este punto y apartándose de los ordenamientos de nuestro entorno. Respecto a lo cual Díez-PICAZO manifestó su sorpresa (60); ya que, efectivamente, en nuestro Derecho la regla es la revocación de la disposición anterior a menos que exista declaración

(59) En este sentido se manifiesta PASTOR RIDRUEJO, quien afirma que la *ratio* del testamento es facilitar la disposición voluntaria del causante; tal disposición ha de ser forzosamente anticipada, pero la ley sólo concede manifestar una última voluntad eventual. No la puede reconocer como definitiva, porque no lo es. Y tampoco la puede proteger como actual (eficaz en el momento del otorgamiento) para no hacer del testamento un autodespojo. Cualquier cambio de voluntad hará que lo que fue eventualmente último, realmente no lo sea y privará al anterior testamento de su eficacia, lo revocará. (*La revocación del testamento*, ed. Nauta, Barcelona, 1964, pp. 18 y 19.)

(60) Y ello al comprobar cómo en este punto el Código Civil español se apartaba de la línea de evolución del Derecho moderno. Pues, como manifiesta Díez-PICAZO, en lo demás el Ordenamiento ha aceptado todos los principios del Derecho moderno de sucesiones: validez del testamento aun sin institución de heredero; posibilidad de que el testamento se limite a distribuir la totalidad o parte de los bienes legados; desaparición de los codicilos; compatibilidad de la sucesión testada e intestada... ("La pluralidad de testamentos", RDN, 1960, núm. 27, pp. 47 y ss.)

expresa del testador, mientras que otros ordenamientos dan validez a diversos testamentos y a su conjunta ejecución (61).

No obstante, casi desde la promulgación de nuestro Código Civil ya se alzaron voces que discutían el carácter ilógico y rigorista del referido precepto. Los esfuerzos de la doctrina por interpretarlo de acuerdo al sentido común, y sobre todo a la verdadera voluntad del causante, han obtenido sus frutos, porque la jurisprudencia entiende hoy que es necesario conciliar el artículo 739 con el artículo 675 del CC, interpretando una segunda disposición testamentaria según la intención del testador, deducida del propio tenor del testamento, y admitiendo la eficacia de aquellas disposiciones del primer testamento que puedan coexistir con las del posterior, según la prevalente voluntad del *de cuius* implícita en la disposición testamentaria; ya que la voluntad que exige el artículo 739 del CC para dejar subsistente un testamento anterior puede ser no sólo la expresamente allí mencionada, sino también la deducida que acoge el artículo 675 del CC (62).

En esta línea, la doctrina ha argumentado que lo “expreso” no se opone a lo “tácito”, sino a lo “presunto”, y que el párrafo primero del artículo 739 del CC no requiere declaración expresa para que valga el primer testamento, sino mera expresión de voluntad, sin limitar el procedimiento de manifestación. Como dice ALBALADEJO (63), ha de existir una voluntad del causante dirigida a la “conservación” del testamento anterior, pero no tiene que ser expresa, basta que del texto del testamento posterior y de las circunstancias del caso quepa entenderla declarada, según las reglas de la interpretación. Se logra así, como afirma OSSORIO MORALES (64), atenuar el rigorismo y las consecuencias ilógicas e injustas del entendimiento literal del referido precepto.

Con todo, ante la revocación nos podemos encontrar con varias posibilidades:

A) En primer lugar, puede existir una manifestación clara y contundente del testador, en el posterior testamento, de no ser aquella voluntad expresada en su anterior disposición su última voluntad.

En este caso, la claridad de las palabras pronunciadas disiparán de cualquier duda y se habrá cumplido lo preceptuado por el artículo 739 del CC.

(61) A título de ejemplo, véase el artículo 1036 del Código Civil francés y el 682 del CC italiano.

(62) SSTs de 1 de febrero de 1988, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi número (en adelante RA) 581; 7 de mayo de 1990, RA 3682; y de 14 de mayo de 1996, RA 3910.

(63) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, volumen 2.º, Madrid, 1983, pp. 403 y ss.

(64) *Manual de sucesión testada*, p. 482.

Pero, partiendo de esta base, nos podemos encontrar ante dos situaciones: una, que ese testamento donde se ha incorporado expresamente la voluntad de revocar recoja nuevas disposiciones de última voluntad que sustituyen a las precisiones revocadas. Y la otra situación que se puede producir es que el testamento revocador del anterior sólo contenga dicha manifestación expresa y clara de que no valga el primero. Esta posibilidad no es extraña (pensemos en el testamento que se hace en un momento dado a favor de alguien que luego fallece o que incurre en causa de indignidad, por ejemplo), y lo que se pretende es simplemente dejar sin efecto una disposición que, hecha en un momento de la vida, el correr de los años ha dejado sin sentido para el testador, pero sin decidir aún –y, por tanto, dejando que la ley lo haga por el momento–, el destino de sus bienes para si falta.

El problema que ha tratado de resolver la doctrina es si ese testamento, con única finalidad revocatoria, es válido y posible a pesar de que no conlleva una disposición de bienes que es característica de los testamentos. Hoy día podemos decir que no hay cuestión; pues se admite la validez de estos testamentos, fundamentalmente porque en el negocio testamentario, como dijimos, el hecho de la disposición de bienes es algo natural o normal, mas no esencial. De ahí que se admita un testamento con contenido puramente personal o atípico [reconocimiento de hijos, nombramiento de tutor, reconocimiento de deudas, revocación del testamento anterior (65) ...]. Pero es que, además, a fin de cuentas el testamento revocatorio está disponiendo de los bienes del causante, porque éstos se distribuirán de acuerdo a las normas de la sucesión intestada. De modo contundente así lo afirma ALBALADEJO: “para revocar no haría falta testar, sino sólo guardar la forma testamentaria; mas revocando, ya se testa” (66).

En cuanto a la forma testamentaria que ha de revestir la revocación está claro que puede ser cualquiera, porque la Ley nada especifica. De

(65) Como afirma FERNÁNDEZ DEL MORAL, “la revocación de un testamento precedente constituye una disposición más entre las que el legislador ha señalado expresamente en el Código Civil como de posible contenido de un testamento. No obstante, no implica el nombramiento de heredero ni la institución de legado ni una disposición complementaria de éstas. De ahí que, respecto a la revocación, se deba admitir que constituye una de las disposiciones que pueden configurar el llamado contenido atípico del testamento” (FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes: *Autonomía privada y testamento en Derecho común*, Comares, Granada, 1996, p. 160).

(66) *Comentarios al Código Civil...*, p. 398. En igual sentido se manifiesta PASTOR RIBRUEJO: “Si nos conformamos con calificar como testamento el acto que contenga a los herederos abintestato, será testamento incluso en el orden material”. (*La revocación del testamento*, Barcelona, 1964, pp. 35 y 171); igualmente, PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1977, p. 202). Este último autor considera que la validez del testamento puramente revocatorio es también aplicable al Derecho catalán, a pesar de la necesidad de que el testamento contenga institución de heredero.

modo que para revocar nos podemos servir de cualquier forma testamentaria. Sin embargo, cierto es, como afirmó PASTOR RIDRUEJO (67), que las llamadas “formas inferiores” (testamento ológrafo frente al abierto o cerrado notarial, por ejemplo) puedan dar lugar a determinados problemas, no de prelación formal, sino de prelación temporal, ya que no consta el momento de su otorgamiento en el Registro de Actos de Última Voluntad y, además, puede que transcurra el plazo de caducidad marcado por la Ley para su protocolización; con lo cual ni surten efectos dispositivos ni derogan a los anteriores. De ahí que, en evitación de males mayores, se recomienda que el testamento revocador revista la forma necesaria para que deje constancia de que no era aquella voluntad testamentaria la querida “hoy” por el testador (68).

B) En segundo lugar, es posible que el testador manifieste expresamente en un segundo testamento otorgado que su deseo es que perviva el anterior (supuesto que recoge el art. 739.1 del CC). En este caso, uno y otro testamento recogerán la voluntad del testador y se tendrán que ejecutar conjuntamente. Pero tales supuestos pueden también llegar a plantear problemas de interpretación de la voluntad testamentaria si aquéllos son en algún punto incompatibles.

Según SANCHO REBULLIDA (69), la solución jurisprudencial a esta cuestión pasa, salvo que otra sea la voluntad del testador, por no tratar dichas disposiciones contradictorias como si formaran parte de un mismo testamento. Así, habría que dar preferencia a la disposición última y hacerla prevalecer sobre las anteriores (70). ¿Qué pasa entonces cuando se instituye heredero a una persona en un primer testamento y en el segundo se instituye heredero a otra distinta?, ¿se puede hablar de compatibilidad y de institución hereditaria doble, o esto es imposible? En estos casos, distintos –según Díez-Picazo (71)– de lo que es un testamento meramente modificativo, la idea amplia de compatibilidad que permite la conjunta aplicación de dos testamentos con instituciones de heredero a favor de personas distintas no es utilizable en nuestro Derecho, en el que tampo-

(67) *La revocación del testamento*, ed. Nauta, Barcelona, 1964, pp. 89 y ss.

(68) La solución para dar constancia al otorgamiento de un testamento que reviste “Forma inferior” será que se pudiera tomar nota en el Registro de Actos de Última Voluntad. Muchos problemas se evitarían así, pero –como acertadamente afirma PASTOR RIDRUEJO– esto supondría minar a estos testamentos en su base misma, porque el principio de secreto junto con el de la facilidad de su otorgamiento, puestos en entredicho por tal exigencia, constituyen la razón misma de su existencia. (PASTOR RIDRUEJO, Félix: *La revocación del testamento*, ed. Nauta, Barcelona, 1964, p. 92.)

(69) *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo I, p. 1849.

(70) Véase la STS de 4 de noviembre de 1961 (RA 4436).

(71) “La pluralidad de testamentos”, RDN, enero-marzo de 1960, p. 86.

co es aplicable “la compatibilidad intencional”; pues la intención de hacer compatible los testamentos tiene que manifestarla el testador por medio de una declaración de subsistencia.

C) En tercer lugar, puede que nada manifieste el testador acerca de la pervivencia del testamento anterior: ¿Hay o no revocación?

La doctrina y la jurisprudencia han limitado el rigor enunciativo del artículo 739 del CC haciéndolo más acorde a los Derechos modernos; pero ante el silencio del testador que nada manifiesta sobre la validez de la anterior disposición testamentaria, el intérprete debería partir de los siguientes datos, que le llevarán a determinar si había o no intención revocatoria (72):

— Si el testamento posterior es interpretativo, aclaratorio o sólo dispone la realización de alguna partición, a tenor de lo dispuesto en el precitado artículo, valdrán los dos testamentos, el anterior y el posterior (que supondrá una interpretación “auténtica” del primero), y tendrán que ejecutarse conjuntamente.

— Si el testamento posterior carece de contenido patrimonial o recoge únicamente disposiciones testamentarias de carácter meramente modificativo del anterior (se elimina o reduce la cuantía de un legado, se condiciona o suprime...), se está manifestando la subsistencia de lo que no se modifica, y ello es claro cuando se expresa que se pretende modificar el ya otorgado. Más dificultades existirán cuando, modificándose cualquiera de las disposiciones anteriores, nada se dice al respecto. En principio, cabría interpretar que el testamento posterior tiene finalidad revocatoria en esa disposición; entendiendo, por tanto, que del artículo 739 se desprende una presunción de voluntad revocatoria, pero considerando tal presunción como *iuris tantum* y, por ello, admitiendo la articulación de una prueba en contrario; prueba de que la voluntad no era revocatoria, sino modificativa. Y ésta parece una solución defendible, pero exige que sea acreditada esa intención del causante, teniendo en cuenta el tenor del propio testamento y los medios de prueba extrínsecos, como veremos. En cualquier caso, lo importante es que el intérprete no se deje llevar por una aplicación rigurosa del artículo 739, sino que analice el espíritu de ambas disposiciones de manera lógica y racional, lo que evita resultados absurdos.

— Por último, habrá validez simultánea de varios testamentos otorgados si todos ellos son “compatibles”. La cuestión es qué entender por com-

(72) Seguimos aquí las orientaciones de Díez-PICAZO (“La pluralidad de testamentos”, RDN, enero-marzo de 1960, pp. 70 y ss.) y LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Bosch, Barcelona, pp. 248 y ss.

patibilidad. Y parece claro que ésta puede venir dada por la disparidad de la extensión objetiva; de forma que serán compatibles los testamentos que establezcan legados diversos, disposiciones particulares diferenciadas, instituciones *ex parte* o cuando cada una hace referencia a un grupo distinto de bienes.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posible compatibilidad de dos o más testamentos. Así, por ejemplo, la STS de 7 de mayo de 1990 (73). En este caso se otorgaron dos testamentos ológrafos y el TS considera que con el segundo de ellos lo único que hace la testadora es completar el primero en el sentido de incluir también entre los bienes que deja a su hermano aquellos otros que pudieran no considerarse comprendidos en el anteriormente otorgado; a cuya conclusión hermenéutica ha de llegarse por las siguientes razones:

1.^a Porque el mero mantenimiento y conservación por la testadora de la subsistencia física o real del documento en que instrumentó el primero de sus testamentos ológrafos ya está revelando su intención de mantener la institución de heredero que en el mismo expresaba, pues de no haber sido así le habría bastado con destruirlo.

2.^a Porque el segundo testamento ológrafo no contradice en nada al primero, sino que simplemente lo complementa y refuerza en el sentido de que han de comprenderse también aquellos bienes de los que no podía disponer al otorgar el primero por no ser suyos; pues los adquirió en virtud de la posterior participación de la herencia de sus padres, sin que en ningún caso los referidos testamentos ológrafos permitan llegar a la conclusión de que la voluntad de la testadora fuera la de dar entrada en su herencia, por vía de sucesión intestada, a cualquier otra persona extraña a su referido hermano, ni, por tanto, revocar el primer testamento mediante el segundo.

Destaca también la STSJ del País Vasco de 17 de enero de 1995 (74), la cual, en un caso de otorgamiento de testamento posterior sin mención sobre la vigencia del anteriormente otorgado, recoge la siguiente conclusión: *“el art. 739 del Código Civil... no sienta una norma objetiva de revocación, sino una mera regla de interpretación de la voluntad del testador, que, conjugada con lo dispuesto en el art. 675, permite establecer los siguientes criterios: 1) En nuestro Derecho no existe el principio de incompatibilidad para la coexistencia de dos o más testamentos válidos y efica-*

(73) RA 3687.

(74) RA 2871.

ces de una misma persona; 2) Es al testador a quien corresponde disponer la subsistencia o no del testamento anterior, cuando posteriormente otorga otro; 3) En principio, el silencio del testador se interpreta como decisión de revocarlo, por lo que la voluntad de que ambos coexistan no puede presumirse, sino que ha de constar de manera expresa; pero, en cambio, no se requiere que esa expresa voluntad se manifieste explícitamente, pudiendo serlo de manera implícita; 4) En consecuencia, tal indagación sobre la subsistencia o no del testamento anterior es tarea interpretativa que ha de llevarse a cabo aceptando el sentido literal de los términos empleados, cuando no quepa duda de que concuerda con la voluntad del otorgante, pero haciendo prevalecer ésta sobre la literalidad de los términos”.

En otra sentencia de resolución similar (75), la testadora había otorgado un primer testamento en el que legaba a una de sus hijas determinados bienes. En un testamento posterior realiza a favor del resto de sus hijos otras disposiciones, adjudicándoles una serie de bienes entre los que no quedan comprendidos los que fueran objeto del legado anterior. Solicitada la revocación del primero, el Tribunal llega a la conclusión de la compatibilidad de ambos, teniendo en cuenta el tenor de los testamentos, así como el hecho de que la testadora convivió hasta su fallecimiento con la hija favorecida en el primer testamento, sin que en el segundo testamento se hiciera mención alguna a las fincas a ella legadas en el primero y que ya en vida de la testadora estuvo disfrutando. Así pues, se podría decir, utilizando la terminología de Díez-PICAZO (76), que en este caso existe compatibilidad “por disparidad de la extensión objetiva” (77).

También la STS de 14 de mayo de 1996 (78) se refirió a un problema de compatibilidad, esta vez de dos testamentos posteriores ológrafos con uno primero abierto. En ella se declaró probado que la voluntad de la testadora fue la de mantener la coexistencia de los dos referidos testamentos “tanto en la relación del uno con el otro, como en su conexión con la institución de herederos universales de los demandados efectuada en testamento abierto” (79).

(75) Sentencia del TSJ de Galicia de 29 de enero de 2000 (RA 4236).

(76) “La pluralidad de testamentos”, RDN, enero-marzo de 1960, pp. 86 y ss.

(77) También es de este tenor la SAP de Pontevedra, de 23 de octubre de 2001, en la que la testadora había otorgado testamento minuciosamente en 1959 a favor de varias personas. En 1983 otorga un segundo testamento en el que lega a sus dos sobrinos determinados bienes por los cuidados y asistencia que le han prestado. Este testamento no contiene ninguna cláusula revocatoria ni tampoco de expresa subsistencia del testamento anterior. La sentencia recuerda que la revocación tácita se aplica en los casos de testamentos incompatibles, pero en cambio se rechaza en supuestos de testamentos interpretativos, aclaratorios o particionales.

(78) RA 3910.

(79) Los hechos podrían resumirse de la siguiente manera: en un primer testamento notarial la causante había instituido heredero universal a su hermano y, para el caso de premo-

No obstante, y como contrapunto a lo anterior, se hace interesante mencionar la STS de 1 de febrero de 1988 (80), en la cual el TS, después de recoger la doctrina moderna sobre la interpretación conjunta de los artículos 739 y 675 del CC, y tras hacer una interpretación comparativa de los dos últimos testamentos de la causante, considera que la testadora no quiso compatibilizarlos, sino que el último revocó al anterior. Efectivamente, en el tercer testamento otorgado, la testadora instituye herederas a sus sobrinas y convierte al recurrente en legatario de un inmueble y del saldo de unas cuentas bancarias. Pero dicha voluntad sufre una radical transformación en el definitivo testamento de fecha 21 de enero de 1981; ya que en éste sus sobrinas pasan a ser únicamente legatarias del saldo y aparece el deseo claro y terminante de la causante de permanecer, por el momento, sin heredero instituido, ya que, según dice, “no lo tiene decidido y lo deja para el último testamento”; voluntad que fue definitiva, puesto que no se otorgó posterior disposición testamentaria. Por ello, considera el TS que no puede acceder a la compatibilidad de los testamentos, pues resultaría que la causante tendría unos herederos expresamente no queridos por ella, y unos legatarios distintos de los pensados últimamente; interpretación comparativa que imposibilita la coexistencia de los testamentos de fecha 21 de junio de 1980 y 21 de enero de 1981, según la voluntad de la testadora, directamente deducida del tenor de las disposiciones testamentarias (81).

Hay, por último, una cuestión que los grandes tratadistas y estudiosos de la revocación testamentaria han analizado y que merece la pena traer a colación; nos referimos a la **reviviscencia del testamento revocado**. El artículo 769.2 del CC viene a condicionar la validez y vigencia de un testamento revocado al hecho de que se revoque el segundo testamento revocador y se manifieste que valga el primero. ALBALADEJO (82) entiende que tanto la revocación del posterior como la voluntad de que valga el

rirle, a sus sobrinos. Posteriormente otorgó un testamento ológrafo en el que se dejaba a doña V. el piso donde habitaba, por los cuidados dispensados por ésta. Un mes más tarde, en un nuevo testamento ológrafo, le deja 12.000 €. Para el TS es clara la compatibilidad objetiva de los testamentos otorgados; puesto que la testadora parece únicamente querer restar de su patrimonio (que continúa dejando a su hermano, o en su caso, a sus sobrinos) unos determinados bienes. No habría incompatibilidad objetiva ni intencional, ni por supuesto expresa (ésta existiría, como afirma GUTIÉRREZ-SOLAR Y BRAGADO, si hubiera dicho “doy 12.000 € a doña V. en lugar del piso o dejo a doña V. solamente 12.000 €). GUTIÉRREZ-SOLAR Y BRAGADO, E.: “Comentario a la STS de 14 de mayo de 1996”, RDP, 1997, p. 61.)

(80) RA 581.

(81) Igualmente, la SAP de Murcia, de 12 de diciembre de 2001, recoge un caso de imposible coexistencia de dos testamentos; ya que, en el segundo testamento, la testadora prescinde clara, voluntaria y expresamente del nombramiento o designación del fideicomisario establecido en el primero.

(82) *Comentarios al Código Civil...*, tomo IX, volumen II, pp. 416 y 417.

primero pueden ser tácitas, con tal de que sean posibles y se deduzcan utilizando las reglas de la interpretación; y ello a pesar de la dicción literal del precepto. Aunque ante la duda hay que estar a favor de entender que no se desea la reviviscencia del primero al revocar el segundo. Por su parte, PASTOR RIDRUEJO (83) añade que si el segundo testamento se limitaba a revocar el primero, sin contener más cláusula que la revocatoria, la revocación expresa de este segundo testamento por un tercero pone implícitamente en vigor el primero.

Mas la revocación del testamento plantea la duda de si un primer testamento puede ser válido para interpretar la voluntad incorporada al testamento posterior. Pensamos que sí, ya que en esta materia debe considerarse al testamento como ley que regula la distribución *post-mortem* de una serie de bienes, deudas, créditos e, incluso, derechos y relaciones personales [por ejemplo, reconocimiento de hijo (84)]; y la ley admite la interpretación a través de las disposiciones anteriores. Lo que permite afirmar que la revocación no puede entenderse con tan absoluto rigor que impida la coexistencia de las disposiciones testamentarias complementarias o aclaratorias, o que cuando existan dos testamentos y no se sepa ni se pueda averiguar cuál es posterior deban considerarse como revocándose recíprocamente. La coexistencia, por tanto, de dos testamentos impele al testador a señalar cuáles de sus pasajes sean incompatibles (STS de 4 de noviembre de 1961); aunque en caso de duda debe hacerse una interpretación que favorezca la eficacia de la mayor parte de las disposiciones testamentarias (*favor testamenti*).

Aun así, como regla especial, exclusivamente aplicable al testamento cerrado, por referirse solamente a éste el artículo 742 del CC, se presume revocado el testamento cerrado cuando aparecen borradas o tachadas las firmas que lo autoricen, ya que se presume que ello lo hizo el testador como manifestación de su voluntad de revocarlo, salvo prueba en contrario dirigida a demostrar: 1.º, que el testador no abrió el sobre que contenía el testamento o no tachó las firmas; y 2.º, que no concurre ninguna causa de nulidad (art. 742, 2.º). No obstante, se presume que la conducta revocatoria es del testador sólo cuando él poseía el testamento. Si lo poseía otra persona como depositario, la presunción es que ésta causó el vicio (art. 742, 3.º).

De todo lo que aquí se ha expuesto se desprende la necesidad de una revisión legal de la regulación en materia de revocación de nuestro Cód-

(83) *La revocación del testamento*, Barcelona, 1964, pp. 196 y ss.

(84) La revocación no surte efecto respecto de la cláusula testamentaria en donde se haga por el testador reconocimiento de hijo (art. 741 CC y SS TS de 16 de octubre de 1918 y 12 de marzo 1958).

go Civil. En esa eventual nueva normativa, la regla general debería ser la compatibilidad de testamentos, presumiéndose la revocación en lo incompatible y desterrándose el principio de la revocación total; porque no parece lógico seguir utilizando un principio sucesorio del Derecho romano cuando nuestra legislación se ha apartado de su espíritu (no se aplica la máxima romana de “un testador, un testamento”). De hecho, como hemos visto, gracias a las actuales orientaciones de la doctrina y, por ella, de la jurisprudencia, no se considera excepcional que una sucesión esté regida por varios testamentos. Por ello, sólo para el caso de que no fuera posible en modo alguno compaginar la voluntad testamentaria entraría en funcionamiento el mecanismo de la incompatibilidad objetiva o material, y habría revocación de la primera de las disposiciones testamentarias. De ahí que, en el estado actual de nuestra legislación, se haya de insistir en que para examinar si hay o no intención abrogatoria es necesario y fundamental poner en íntima conexión los preceptos 739 y 675 del CC, ya que sólo así nos encontramos en el buen camino para descubrir e interpretar la plena voluntad del testador.

3.1. La revocación de los testamentos y la unidad de acto.

Con todo, la revocación de los testamentos sigue un criterio parecido al de la derogación de una norma anterior por otra posterior, ya que el testamento posterior deroga al anterior, a no ser que el testador deje subsistente en todo o en parte el primero (art. 739). Esta regla se plantea el siguiente problema: en el caso de que el causante haga segundo testamento y declare en él subsistente el primero, ¿no se rompería el esencial principio de unidad de acto (art. 699) y, al dividirse la documentación testamentaria, el de unidad de documento (art. 672)? En tal caso, los principios de “unidad de acto y documento” deben exigirse separadamente para cada testamento (85).

Respecto a la **unidad de documento**, tal principio significa: 1) Que sólo puede existir un testamento válido, a no ser que en el testamento posterior se declare subsistente el anterior; 2) Que si existen otros sería eficaz el posterior en el tiempo, y 3) Que cuando, además, existen cartas “aclaratorias” del contenido del testamento u otros documentos que lo desarrollen, éstos no son testamento, no forman parte del mismo, a no ser que reúnan los requisitos exigidos para el ológrafo y además exista expresa remisión en él a estas “cédulas” o “papeles” (art. 672). En cambio, no obedece al principio de unidad de documento la necesidad de que todas

(85) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: “Solemnidades y formalidades de los testamentos”, RDN, julio-diciembre de 1978, p. 168.

las formalidades se practiquen en un solo acto y sin interrupción (art. 699); pues esta regla emana del principio de unidad de acto. Y ello es algo diferente al principio de unidad de documento; principio que se refiere al lugar en donde radica, unitariamente, el escrito que el testamento supone (86).

Por su parte, la **unidad de acto** se refiere a una serie de conductas de distintas personas que tienden a constatar que el testamento escrito constituye la última voluntad del causante. La unidad de acto es un principio funcional (dinámico), frente a la unidad de documento. Tal distinción se apoya, además, en el hecho de que, cuando es el notario el que redacta el testamento abierto (lo que puede hacer él sólo y, luego, proceder a su lectura y firma), no por ello se vulnera el principio de unidad de acto; que comienza, precisamente, cuando se ha cumplido ya la regla de unidad de documento. Así, en el testamento notarial abierto, la “redacción” y “formalización” no coinciden nunca, pues se formalizan una vez fallecido el causante; lo que no es otra cosa que una consecuencia de la necesidad de unidad de acto.

En caso de testamento cerrado, su redacción (art. 706,1.º) o, más exactamente, el documento resultante de ella, representaría la norma de unidad de documento; en cambio, los trámites que realizan después conjuntamente el notario, el testador y, en su caso, los testigos (art. 707,3.º-6.º) expresan la unidad de acto. Por su parte, el testamento ológrafo o electrónico obedece al principio de unidad de documento (art. 688) y no está sujeto, sin embargo, al de unidad de acto, ya que en su otorgamiento sólo interviene el testador. La protocolización de este testamento (arts. 689 ss.) no tiene relación con la unidad de acto, que se refiere al otorgamiento.

No obstante, la unidad de acto no resulta tan estricta que congele el orden de las actuaciones, que podrían desarrollarse, según las circunstancias, con diferente sucesión de unas a otras; ni significa que se interrumpa por pequeños incidentes o por haberse “anunciado aquellas para una hora y haberse retrasado su otorgamiento” (STS de 22 de enero de 1913). Por otra parte, no cabe confundir la regla de simultaneidad de presencias (que

(86) El planteamiento indicado considera más bien la posibilidad de resolver determinadas cuestiones que se reconducen a la prescripción de la forma legalmente impuesta, independientemente de una referencia al contenido del acto; como si, en cierto sentido, el ámbito del documento, entendido como simple medio de prueba de una voluntad diversamente expresada y, por tanto, reducible a una multiplicidad de esquemas normativos, pudiera ser distinto de aquel propio del contenido negocial. En definitiva, la alternativa indicada, aunque sin plantear un problema de conexión entre negocios insertos en un único contexto documental, explica cómo puede darse un negocio desproporcionado respecto de su forma, o respecto al cual no haya coincidencia de estructura entre el acto, entendido como momento individualizante de la documentación, y su contenido típico que caracteriza el esquema legal, y en consecuencia señala el momento de relevancia de la disciplina.

se refiere a la coetánea comparecencia de todos los testigos en el acto de otorgamiento) con la unidad de acto (que presupone a aquélla y que se refiere exclusivamente a las actuaciones funcionales).

De lo expuesto parece deducirse una distinción entre el testamento como acto y el testamento como documento (87). Sin embargo, esa paridad de planos que con reiteración se ha predicado del testamento, ni es un problema de contenidos, ni alcanza virtualidad como distinción, y no deja de ser más que significativo, como certeramente ha expresado LIPARI (88), la absoluta falta de resonancia que la distinción forma-contenido ha encontrado respecto de otros negocios (89). Mas lo que sucede es, sencillamente, que para introducir en el área testamentaria el denominado contenido atípico del testamento, junto a aquella tradicional institución de heredero, fue preciso recurrir al documento como denominador común de ambos, con lo que, como es obvio, la cuestión acabó por decantarse hacia una perspectiva documentalista (90): la documentación (91).

(87) Efectivamente, la distinción entre el testamento como acto y como documento no soporta otro significado que no sea el pura y exclusivamente instrumental, en ocasiones planteado como cuestión de mera oportunidad y destinado, en otras, a aportar un dato más para una mejor y más racional reordenación de la materia testamentaria. En consecuencia, su única funcionalidad ha sido, precisamente, la de permitir seguir amparando bajo la general denominación de testamento negocios jurídicos *mortis causa* de diversa índole, pero olvidándose al fin que tanto la tradicional institución de heredero, o sea, el contenido históricamente sustancial, como la gran multiplicidad y variedad de disposiciones testamentarias que, por la vía de las necesidades sociales, fueron progresivamente ampliando el contenido del testamento, no eran escindibles, sino, antes bien, constitutivas de un mismo y único valor supraconceptual. En suma, se decía que aquellos debían ser efectivamente testamentos al tener forma de tales, aunque su contenido no fuera propiamente testamentario, ya que la unidad del contexto documental y su indudable primacía en materia testamentaria permitían aparecer al documento como lo verdaderamente sustancial del acto.

(88) Tal parece ser la idea que de manera casi obsesiva y constante preside las brillantes consideraciones que LIPARI dedica a la materia testamentaria. Esta posición iniciada en su trabajo "Il diritto civile, sociologia e dogmatica, Reflessioni sul metodo", RDC, 1986, I, pp. 297 y ss., fue luego sentada por la autoridad de CICU, *El Testamento*, pp. 103 y ss.

(89) LEÓN ALONSO, José R.: "Pervivencia de la forma nuncupativa. Unidad de acto y testamento", RDN, julio-diciembre de 1984, p. 204.

(90) Y ello, en parte, por esa conciencia implícita del testamento como documento, que condujo a la desconcertante consecuencia de confundir contenido, forma *ad substantiam* y prueba, de la que el más genuino exponente era, precisamente, la referida documentación.

(91) De nuevo hemos de prestar atención a las palabras de LIPARI ("Il diritto civile...", RDC, 1986, I, pp. 292 y ss.) cuando afirma que la alternativa entre lo documental y lo negocial del testamento no se limita solamente al tradicional problema que es propio de los negocios formales; no sólo porque se ha contrapuesto frecuentemente la consideración del documento a la del contenido típico del acto —cuando es evidente, al contrario, que el examen sobre el contenido no puede ser sino previo, máxime si debe valorarse el modo en que se ha permitido el acto—, sino, sobre todo, porque se reconoce a la relación entre documento y negocio la solución de algunos problemas prácticos exclusivos de la disciplina testamentaria. Debe precisarse, continúa diciendo LIPARI, para que lo afirmado no parezca confuso, que la alternativa de

En definitiva, la remota concepción de “unidad de acto”, que vinculaba los efectos del negocio a la forma, no a la voluntad, se encuentra hoy francamente superada (92). No obstante, la unidad de acto tiene utilidad, pero no en sentido sustantivo, sino en sentido formal; esto es, es un requisito del instrumento, pero no del negocio. Por tanto, es requisito del testamento abierto, es decir, del testamento en sentido formal o documental (por tanto, de la escritura pública que lo contiene); al igual que en cualquier otra escritura pública: es unidad de acto del otorgamiento, del instrumento, pero no unidad de acto del negocio. Si fuese requisito esencial del negocio, tal documento reflejaría total y absolutamente, de manera exclusiva y excluyente, la última voluntad del causante: no habría más norma sucesoria que la contenida en el testamento y nunca se podría recurrir —aunque sabemos que sí es posible— a la prueba extrínseca, a otros documentos del testador, etc. Del mismo modo que es posible no sólo que una misma sucesión se rija por dos o más testamentos (que sean compatibles entre sí), sino que además es admisible la simultaneidad de la sucesión testada e intestada.

4. La voluntad del testador y su prueba extrínseca

El artículo 675 del Código Civil, en su párrafo primero, recoge las reglas fundamentales de la interpretación: *“Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento”*. No obstante, revisten gran importancia para la interpretación del testamento los elementos (circunstancias, situaciones, actos, otros documentos, etc.) extratestamentarios, a fin de poder determinar si pudiesen servir de prueba extrínseca para averiguar la voluntad del testador (93). Ello conjugando armónicamente el elemento literal con el lógico, sistemático y teleológico, como procedimientos inter-

un testamento entendido como documento y un testamento entendido como negocio, no se refiere de ningún modo al problema del contenido atípico, es decir, que no se reconduce a la fórmula del artículo 587 CC italiano, que alude a un acto que tenga la forma de testamento.

(92) ROVIRA PEREA: “Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos”, *La Ley*, 1992-2, p. 1001.

(93) Así, las SSTs de 8 de julio de 1940, 6 de marzo de 1944, 3 de junio de 1947, 5 de diciembre de 1952, 5 de julio de 1957, 5 de junio de 1970, y 5 y 18 de junio de 1979, han admitido que no hay obstáculo legal que impida al juzgador, para la interpretación de las disposiciones testamentarias, acudir a circunstancias exteriores al testamento, pero siempre que el sentido averiguado tenga una expresión, cuando menos, incompleta en el documento.

pretativos, y atendiendo incluso a circunstancias exteriores del testamento (los llamados medios extrínsecos o extratestamentarios), utilizables en cuanto hechos significativos dimanantes del testador, como medios de interpretar para hallar la voluntad real del *de cuius*, si bien partiendo de las propias declaraciones del documento testamentario. La STS de 3 de junio de 1947, partiendo de que “como las cláusulas testamentarias no son tan claras que baste con su simple lectura para colegir, de modo inequívoco, el propósito o intención del testador, es necesario acudir a otros elementos interpretativos, de los cuales pueda deducirse su verdadera voluntad”.

Incluso el elemento literal recibe el influjo de elementos extrínsecos al testamento, en razón de la supremacía que corresponde a la voluntad del testador y acentuando su carácter subjetivo, como dice la STS de 5 de junio de 1979, por lo cual a los vocablos empleados ha de atribuírseles el sentido que parezca más adecuado a la situación, ideas y hábitos del testador; en definitiva, a sus circunstancias personales, tal como ya indicaron las Partidas, “*entonces debe ser entendida su palabra según acostumbraba a entenderla*” (94). Ante estos medios extrínsecos podríamos plantearnos el momento al que se refieren; es decir, si pueden utilizarse los que se deriven de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores a la realización del testamento. Pensamos que no hay que limitarlo a ningún momento, pues lo trascendente es averiguar la voluntad real y para ello se puede, analógicamente, acudir al artículo 1282 del Código y a la jurisprudencia que lo ha aplicado (95).

La STS de 5 de junio de 1979 declara que el testamento, como declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico, se otorga teniendo como determinante una constelación de antecedentes fácticos, contemplados por el causante en el momento de expresar la disposición. Y alguna sentencia más reciente aplica esta idea, por ejemplo, la STS de 29 de febrero de 1984, que tiene en cuenta, junto al tenor del testamento y como datos extrínsecos, el testamento anterior y los testigos.

En general, pues, la interpretación del testamento puede requerir del apoyo documental para evitar que se sustituya la voluntad del testador. De este modo es factible acudir a medios de prueba extrínsecos con la finalidad de determinar la cabal voluntad dispositiva. Y es que debe dife-

(94) P. 7, 33, 5.

(95) La sentencia de 3 de abril de 1965 resolvió que “la voluntad real del testador resulte de circunstancias exteriores claramente apreciables”, lo que proclamó de constante y reiterada doctrina de la Sala, contenida en las SS de 1 de junio de 1946, 6 de febrero de 1958, 4 de junio de 1959, 4 de noviembre de 1961 y 21 de febrero de 1962. La STS de 3 de junio de 1942 establece que cuando las cláusulas testamentarias sean oscuras, ambiguas o inexpresivas, el juez deberá, como en cualquier otra interpretación, enfocar todas las circunstancias del caso para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador.

renciarse el objeto de interpretación, que es el testamento, del material interpretativo, que puede servirnos para averiguar la voluntad del testador.

En conclusión, el concepto de medios de prueba extrínsecos al testamento para interpretar la voluntad del testador debería entenderse en su más amplio sentido: declaraciones escritas, proyectos de testamentos, etc. Por lo que para el juzgador deberían ser tenidos en cuenta como una necesidad impuesta por la búsqueda de la voluntad material. Y ello sin olvidar que algunos de dichos elementos podrían representar una aportación documental (escrita, por ejemplo, bajo firma electrónica o en soporte informático) o un medio de prueba (testifical, dado el caso) del *animus testandi*.

Dictamina, que algo queda

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

A la vista de las opiniones, enfoques, ideas, conclusiones y respuestas formuladas, expuestas, me ha parecido lo más práctico –sin perjuicio del cambio de opiniones y pareceres personal– plasmar en esta sección mi criterio acerca de la FIJACIÓN DE LA LEGÍTIMA y un apunte sobre la COLACIÓN. Todo ello conforme al Código Civil, pero antes un *introyto* sobre la LEGÍTIMA: ¿legítima sí, legítima no?, y es que *in crescendo* surgen opiniones contra el sistema legitimario. Este es mi parecer:

El sistema de legítimas trata –ha dicho FUENMAYOR– de conciliar dos ideas: el titular de un patrimonio es dueño de los bienes y derechos que lo componen y no un mero administrador. Durante su vida, determinados familiares tienen, con todo, una expectativa a una cuota del patrimonio, la que durante la vida del causante se asegura, de algún modo, con instituciones como la deuda alimenticia, la prodigalidad..., y es a su fallecimiento cuando surge el derecho de los llamados herederos forzosos, los legitimarios, a una porción hereditaria, la legítima. La armonización de estas dos ideas se establece mediante un sistema de límites, de modo que la Ley prevalece sobre la voluntad del causante si éste se ha extralimitado (intangibilidad de la legítima).

Durante la vida del causante: “reclamar la legítima”, “prohibir que se disponga...”, supondría un ataque al dominio pleno de aquél y además, es a su fallecimiento cuando se determina *quién es* legitimario (el que pre-

muere no llega a serlo), y lo mismo respecto al patrimonio: está sometido a variaciones durante la vida de su titular –aumentos, disminuciones–.

Es el fallecimiento el momento que constituye el punto de partida de la revisión de los actos dispositivos para proteger la intangibilidad legítima: al patrimonio relicto, una vez deducidas las cargas, se le agrega contablemente el importe de las donaciones otorgadas en vida por el causante, para superponer a ese total el esquema de las legítimas dibujado en la Ley, para que así queden delatadas tanto las extralimitaciones dispositivas habidas durante la vida del causante como las contenidas, eventualmente, en el testamento.

El autor citado parte, y lo recoge LACRUZ, a modo de pórtico fundamentador de lo transcrito, de estas palabras: “El patrimonio debe destinarse por su titular al bienestar de la familia”.

Y yo me pregunto y transmito el interrogante al opositor: ¿no está aquí la clave de los criterios en contra de la legítima, en favor de la total libertad de disponer? Pienso que sí.

Si ahora se debate, se pone en duda, qué es familia; si el divorcio, el vivir en pareja de hecho..., *han alterado* las bases institucionales del matrimonio y la familia, ¿cómo no va a tomar cada vez más cuerpo, tener más peso, calado y voz la petición de *cambio* a fondo del sistema legitimario del Código Civil, hasta llegar a proclamar la libertad total de disponer?

Levanto acta. Juzgue cada cual lo que estime mejor. Estamos ante un problema de política legislativa –reformas que en 1975, 81, 83, 2003... se han producido ya– que me he ceñido a plantear.

Yo tengo mi criterio acerca de la institución matrimonial y de la familia y por tanto acerca de la pervivencia o no del sistema legitimario, pero lo que toca desde ahora es estudiarlo como *está hoy*. Es lo que voy a tratar de hacer ya de modo resumido.

I. Cuando existen legitimarios, la libertad de disponer de los bienes no es absoluta para el titular de los mismos. En contra se dice:

1. No es cierto: “Con lo mío hago lo que quiero”. No es así:

— Ninguno puede dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento; la donación es inoficiosa (*in-officium*) en todo lo que exceda de esta medida (art. 636), las donaciones inoficiosas deberán ser reducidas en cuanto al exceso y para ello se estará a los artículos 820 y 821 CC (art. 654).

— Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inofi-

ciosas o excesivas (art. 817). Y si el testador deja al legitimario, por cualquier título, menos de la legítima que le corresponda, puede pedir el complemento de la misma (art. 815).

2. No es exacto que la Ley “reserve” a aquéllos una porción de bienes (art. 806).

II. Concreción de la legítima. *Su fijación:*

1. Deducidas las deudas y cargas de la herencia, sin comprender en ellas las impuestas en el testamento, se atiende al valor de los bienes que han quedado a la muerte del testador (*relictum*), al que se agrega (contablemente, por suma) el valor líquido de las donaciones que el causante realizó (todas, no sólo las en puridad “colacionables”). Artículo 818. “*Relictum*” más “*Donatum*” supone el patrimonio hereditario, base para fijar las legítimas (*computación*).

2. A la vista de donaciones y legados por el causante realizados hay que *imputarlos*, incluirlos, dentro de la parte del patrimonio hereditario correspondiente (arts. 819; 825; 828...).

(*Imputación*):

— Donación a hijos o descendientes legitimarios: si nada se dice o se realizan “como anticipo de legítima, a cuenta de ella”; en este caso la voluntad del causante es clara:

- Se imputan primero a la legítima del donatario (art. 819.1); entendiendo por legítima la legítima larga (2/3), menos la parte del 1/3 que se haya empleado en mejorar.

- En segundo lugar se imputan al 1/3 libre.

- Y en último lugar ¿a la mejora?: la respuesta negativa la da el artículo 825, aunque su criterio no sea unánimemente compartido, dada la expresión final del artículo 828.

Lo expuesto es aplicable a las donaciones a ascendientes legitimarios, pero nunca se imputan a la mejora.

— Donación a hijos y descendientes con carácter inequívoco de mejora.

- Se imputan primero al 1/3 de mejora; en segundo lugar al 1/3 libre (por ser ésta la voluntad del causante, lo que cabe entender diferente caso de que haya ya él dispuesto de todo el 1/3 libre) y en último lugar al 1/3 de legítima (art. 825; art. 829, completándolo).

— Donación con dispensa de colación:

Lo primero de todo es entender que si se realiza así, lo más probable es que no se esté cumpliendo en todos sus términos la voluntad del donante: si se le pregunta —que debe preguntársele— se llegará a la conclusión de que al donar de tal modo quiere mejorarse al donatario.

Pero si no consta la *mejora expresa*, la cuestión es: ¿dónde se imputa la donación con dispensa de colación?: al estar claro que quiere beneficiar al legitimario, la donación debe imputarse en primer lugar a la parte de libre disposición; en su defecto —por lo dicho— no al tercio de mejora (parecer contrario sustenta LÓPEZ JACOISTE, por analogía con el art. 828), sino a la legítima del donatario. El artículo 825 lleva a esta conclusión a pesar de que —insisto— si preguntado hubiera sido el donante, la respuesta sería la expuesta antes (labor asesora del notario).

Puede ser que esta donación no quepa en la parte de libre disposición, por estar ya ocupada por donaciones anteriores: hay que respetarlas en cuanto no sean inoficiosas (art. 656) y la efectuada ahora se imputará en lo que quepa a la parte libre y el exceso a su legítima.

- LACRUZ expone la diferencia existente entre adoptar una de las posibles soluciones respecto a la imputación de la donación con dispensa de colación (p. 109, *Derecho de Sucesiones*, II, 1973).

— Donación a descendientes viviendo sus padres legitimarios:

1. Puede mejorarse al nieto en vida del padre: por lo que si se realiza con tal carácter, primero se imputa al 1/3 mejora y luego al 1/3 de libre disposición, nunca a la legítima, pues corresponde al padre.

2. Si no tiene carácter de mejora: al 1/3 libre solo (art. 825).

— Donación al cónyuge:

- ¿Se imputa a la legítima, caso de silencio en el testamento y si en la donación nada se expresó? El interrogante queda formulado, pero la labor asesora del notario debe evitar que la cuestión se plantee (prevención).

— Legado al legitimario sin expresar más (tanto descendientes como ascendientes).

- ¿Se imputa o no a la legítima?: sí, en primer lugar (aplicación del criterio del art. 819.1), después al 1/3 libre y por último al de mejora (art. 828).

— Legado con carácter claramente dispuesto para satisfacer la legítima de descendientes y ascendientes.

Primero se imputa a la legítima del legatario y después 1/3 libre; en último lugar, caso de descendientes al de mejora (art. 828).

— Legado con carácter de mejora:

- 1.º al 1/3 de mejora se imputa.
- 2.º al 1/3 de legítima, en la parte correspondiente al mejorado.
- Y 3.º en el exceso, al 1/3 libre (así se deduce del art. 829, aunque omite este tercio; es diferente que el criterio seguido en donaciones con carácter de mejora y en todo caso cabría alterarlo en este sentido).

— Legado a nietos viviendo los padres:

1. Si no tienen carácter de mejora: 1.º al 1/3 libre; luego al tercio de mejora (art. 828).
2. Si tienen carácter de mejora: 1.º al 1/3 de mejora; luego 1/3 libre; nunca legítima.

— Legado al cónyuge:

1. Si es en pago de legítima: 1.º en su cuota legitimaria y después en la parte de libre disposición.
2. Si nada se dice: ¿es *además* de la legítima? La previsión debe evitar el interrogante.
3. Si se lega *además* de la legítima: 1.º en la parte libre; 2.º legítima. Con los problemas de capitalización en su caso si lo legado es en pleno dominio.

III. La *reducción* en el exceso: artículos 654, 655, 656, 820 y 821.

1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en el testamento (*prior tempore*). Artículo 820.1.º

2.º Si las donaciones no caben todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente (*prior tempore*; voluntad del causante). Artículo 656.

3.º La reducción de las mandas testamentarias se hará a prorrata, sin distinción alguna, salvo que el testador hubiere dispuesto que se pague algún legado con preferencia a otros. Artículo 820.2.º

4.º El caso específico del juego propio de la *Cautela Socini*: artículo 820.3.º Requiere estudio *ad hoc*.

5.º El legado consistente en una finca que no admite cómoda división: artículo 821.

6.º En sede de sociedad de gananciales: bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes: artículo 1353. Y: disposición testamentaria de un bien ganancial: artículo 1380 (cada cónyuge puede disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales; art. 1379).

Colación. El enfoque que se considera exacto:

- Si a la sucesión concurren varios herederos forzosos, lo que han recibido a título gratuito del causante, en vida de éste, se entiende y presume que lo ha sido como anticipo de lo que por sucesión ahora van a recibir, por lo que al heredar, cada uno de ellos *ha de contar en su parte*, frente a los restantes legitimarios, lo que le dio el causante en vida (por ejemplo: el testador deja bienes por valor líquido de doce y ha donado tres a su hijo Blas; al fallecer instituye herederos a los tres hijos: Blas, Celedonio y Dimas, y a una sobrina, Josefa, por iguales cuartas partes. El caudal divisible en relación con la sobrina, que no es legitimaria, es de doce unidades, y le corresponden tres. Ahora bien, en cuanto a los tres legitimarios instituidos herederos, que aceptan la herencia, al resto del caudal, nueve, hay que sumarle tres —lo donado a Blas— dado que el testador los ha instituido por partes iguales: a cada uno le corresponde por tanto cuatro, con lo que como a Blas se le imputan los tres donados, sólo se le entrega ahora, con cargo al *relictum*, uno; Celedonio y Dimas reciben cuatro).

- Es la *presumible voluntad* de que el causante ha querido, con lo donado, anticipar sólo lo que en definitiva todos los herederos forzosos —si son instituidos herederos y aceptan la herencia— recibirán del patrimonio familiar, al fallecer aquél (LACRUZ BERDEJO). Dos precisiones:

— No es instrumento de defensa de la legítima: a pesar de la confusión del 1035: “Para computarlo en la regulación de las legítimas”; se parte de que ya las legítimas están fijadas y no hay inoficiosidad (art. 818 y preceptos complementarios ya vistos). Se practica entre legitimarios y supone otra operación contable a fin de satisfacer a cada uno lo que le corresponde en la partición hereditaria (“en la cuenta de partición”, art. 1035).

— Si lo donado supera la cuota sucesoria del donatario sí que tiene que restituir a la masa el exceso, salvo que sea otra la voluntad del testador (VALLET y TS en sentencia de 17 de marzo de 1989).

Y ahora el siguiente DICTAMEN:

Voy a cambiar *in radice*. Como ha dicho GONZÁLEZ PALOMINO: “El notario, experto en Derecho Privado...”. Cuando la Revista vea la luz habrá entrado en vigor la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (Ley 3/2009). A base de su regulación, propongo profundizar en estas cuestiones:

Primera. El artículo 71 de la Ley 3/2009, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, regula la SEGREGACIÓN: ¿es posible el traspaso en bloque de *todo* el patrimonio de una sociedad, en una o varias partes que constituyan unidades económicas, sin que ello provoque la extinción de la misma?

Segunda. El artículo 72 regula la transmisión en bloque del patrimonio social a otra sociedad de *nueva creación*, recibiendo a cambio *todas* las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria (con lo que la sociedad transmitente se convierte en sociedad *holding* o de cartera): en la segregación del artículo anterior, ¿la sociedad-sociedades beneficiarias han de existir ya o pueden ser de nueva creación como *tiene que ser* en el supuesto del artículo 72 de la Ley?

Compárense los supuestos que ambos preceptos regulan.

Tercera. En la cesión global de activo y pasivo, el artículo 81 prohíbe que la contraprestación a la sociedad transmitente consista en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario; ¿y si la contraprestación la reciben directamente los socios de la sociedad cedente de modo total?; si se responde afirmativamente, ¿cómo se diferencia el supuesto, fácticamente, de la escisión?

TRES HORAS

Concordancias y discordancias entre el Derecho de Sucesiones del Código Civil y el de Cataluña (CCC). Con motivo de la aparición de la obra de la profesora MOLL DE ALBA y del notario ALONSO HEVIA (Difusión Jurídica, 2009), este estudio comparativo ayuda a la respectiva comprensión, teniendo en cuenta que para profundizar en su raíz, en el calado sustantivo, la conferencia de R. M. ROCA SASTRE: “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en Derecho Sucesorio” (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*) es imprescindible. En la misma línea, Joan Carles OLLÉ. Conferencia dictada acerca del Libro IV CCC, organizada por la Academia Matritense del Notariado. Abril, 2009.

- *Herencia yacente*: en CCC, artículo 411: la aceptación de uno de los llamados extingue la situación de herencia yacente. En el Código Civil, referencias puntuales existen de la misma, tan sólo.

- *Ineficacia sobrevenida* de la institución de heredero, legados y demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge: con aplicación también al conviviente en unión estable de pareja. Artículo 422 CCC *Vide*. Todas mantienen su eficacia si del testamento, codicilo o memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso...

- *Institución de heredero*: debe necesariamente contenerla el testamento (art. 423. *Vide* TORTOSA: Albacea universal. Motivos ilícitos o erróneos. *Vide* el art. 422.2.1). Exclusión en testamento de herederos intestados (art. 423).

- *La designación de heredero por el fiduciario*: éste puede ser el cónyuge o el conviviente en unión estable de pareja. Fase de pendencia (*vide* art. 424).

- *Herederos y legatarios de confianza*: personas físicas que han de dar a los bienes el destino que les haya encomendado el testador de palabra o por escrito. Revelación de la confianza. Facultades dispositivas (*vide* art. 424).

- *Albaceazgo universal*: de realización de valor; de entrega (art. 429 *vide*).

- *Pactos sucesorios*: para convenir, dos o más personas, la sucesión a causa de muerte de cualquiera de ellas (quiénes pueden ser otorgantes; capacidad; objeto; forma. Casos de revocación unilateral). Artículo 431, *vide*. Instrumento útil para planificar la sucesión en la empresa familiar.

- *La legítima*: es “*pars valoris bonorum*” en Cataluña (art. 451). Quiénes son legitimarios, cuantía (1/4 parte de la herencia; la mejora es una figura que, como legítima, no existe en Cataluña). Las reglas de *imputación* de donaciones son distintas: artículo 451.8. Pago: artículo 451.11. Preterición y desheredación: artículo 451.16 y 17. *Vide* Inoficiosidad legiti-

maria: dada la distinta naturaleza de la legítima catalana, el mecanismo de reducción de legados y otras atribuciones *mortis causa* es distinto (*vide* art. 451.22). Extinción de la legítima: causas (art. 451.25). Cabe la renuncia a la legítima futura (451.26). Prescripción (451.27).

- *La cuarta viudal*: *vide* el preámbulo de la Ley 10/2008. Artículo 452 CCC.

Hasta pronto.

**INFORMACIÓN Y ESTUDIOS
DE DERECHO FISCAL**

**NOTAS SOBRE
LA LEY DE PRESUPUESTOS
GENERALES DEL ESTADO
(LEY 2/2008, DE 23 DE DICIEMBRE)
Y EL DECRETO-LEY 1/2008,
DE 10 DE OCTUBRE,
DE MEDIDAS TRIBUTARIAS
PARA IMPULSAR LA ACTIVIDAD
ECONÓMICA EN LAS ILLES BALEARS (*)**

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario Honorario.

*Presidente de la Comisión de Cultura
del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares*

I. LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

Como decíamos en la Circular número 12, de 13 de febrero de 2007 –el pasado año por culpa de las operaciones sufridas no me ocupé del tema–, acudimos un año más a nuestra cita con esta Ley, que nos ameniza las fiestas navideñas.

(*) Circular número 4, de 5 de febrero de 2009, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

Como vuelve a destacar la E. de M., la Ley de Presupuestos regula únicamente, junto a su contenido necesario, aquellas disposiciones que respetan la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el contenido eventual.

Refrescándonos a todos la memoria, la propia E. de M. nos recuerda que el contenido necesario está constituido por la determinación de la previsión de ingresos y la autorización de gastos que pueden realizar el Estado y los entes a él vinculados o de él dependientes en el ejercicio de que se trate. Y que junto a este contenido necesario cabe la posibilidad de que se añada un contenido eventual, aunque estrictamente limitado a las materias o cuestiones que guarden directa relación con las previsiones de ingresos, las habilitaciones de gastos o los criterios de política económica general.

También nos recuerda que, en materia tributaria, el apartado 7 del artículo 134 de la Constitución dispone que la Ley de Presupuestos no puede crear tributos, aunque sí modificarlos, cuando una Ley Tributaria sustantiva así lo prevea.

Queda así acotado el contenido de la Ley presupuestaria que, desde 2004, vuelve a ver la luz sin su habitual acompañante, la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, la vulgarmente conocida como “Ley de acompañamiento”.

Por nuestra parte, limitaremos estas notas a las Normas Tributarias y a aquellas disposiciones de interés para el Notariado, a saber:

A) Normas Tributarias (tít. VI, arts. 64 a 83)

1. Impuestos directos.

a) *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

La repetida E. de M. enumera las novedades introducidas: 1.º) Para las transmisiones de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas, la actualización de los coeficientes correctores del valor de adquisición al 2 por 100. 2.º) La modificación de las normas aplicables en la tributación conjunta con el fin de que el importe a computar como mínimo del contribuyente sea el mismo en tributación individual y conjunta. 3.º) Elevar el límite excluyente de la obligación de declarar aplicable a los rendimientos íntegros del trabajo cuando, entre otros supuestos, se perciban de varios pagadores, como consecuencia de la incorporación de la nueva deducción por obtención de rendimientos del trabajo o de actividades económicas, regulada en el artículo 80 bis de la Ley del Impuesto.

Y 4.º) La regulación de las compensaciones por la pérdida de beneficios fiscales que afectan a determinados contribuyentes con la vigente Ley del IRPF: los adquirentes de vivienda habitual y los perceptores de determinados rendimientos del capital mobiliario con período de ganancia superior a dos años en 2008 respecto a los establecidos en la normativa del IRPF vigente hasta 31 de diciembre de 2006.

Estas novedades las encontramos en las siguientes normas:

Artículo 64. *Coeficientes de actualización del valor de adquisición.*

A efectos de lo previsto en el apartado 2 del artículo 35 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, para la transmisión de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas que se efectúen durante el año 2009, los coeficientes de actualización del valor de adquisición serán los siguientes:

Año de adquisición	Coeficiente
1994 y anteriores	1,2653
1995	1,3368
1996	1,2911
1997	1,2653
1998	1,2408
1999	1,2185
2000	1,1950
2001	1,1716
2002	1,1486
2003	1,1261
2004	1,1040
2005	1,0824
2006	1,0612
2007	1,0404
2008	1,0200
2009	1,0000

Cuando las inversiones se hubieran efectuado el 31 de diciembre de 1994, será de aplicación el coeficiente 1,3368.

Los coeficientes aplicables a los bienes inmuebles afectos a actividades económicas serán los previstos para el Impuesto sobre Sociedades en el artículo 70 de esta Ley, que veremos más adelante.

Artículo 65. *Reducción por obtención de rendimiento del trabajo y de determinados rendimientos de actividades económicas.*

Con vigencia exclusiva para el ejercicio 2009, se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 35/2006, de 8 de noviembre, del IRPF, a saber:

Uno. Se modifica el artículo 20 (reducción por obtención de rendimientos del trabajo) en el sentido de elevar todas las cantidades susceptibles de minoración en un 2 por 100. Así, en la letra a) del número 1 se establecía que el rendimiento neto del trabajo se minoraría en los contribuyentes con rendimientos iguales o inferiores a 9.000 euros en 4.000 euros anuales; actualmente las cantidades son 9.180 euros de rendimiento y la minoración 4.080 euros anuales.

Dos. Se modifica el número 1 del apartado 2 del artículo 32 (reducciones) en el sentido que se acaba de indicar, o sea, aumentando todas las cantidades en un 2 por 100; así el rendimiento neto de las actividades económicas –cuando se cumplan los requisitos previstos en el núm. 2 de este apartado (rendimiento neto por estimación directa; totalidad de las entregas de bienes o prestaciones de servicios a una sola persona, física o jurídica, no vinculada en los términos del art. 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, etc.)– se minorará en los contribuyentes con rendimientos iguales o inferiores a 9.180 euros en 4.080 euros anuales; antes las cantidades eran 9.000 y 4.000 euros, respectivamente.

Artículo 66. *Mínimo personal y familiar.*

Las modificaciones afectan:

Uno. Artículo 57 (mínimo del contribuyente). Se sigue la misma tónica: aumento del 2 por 100. El mínimo, con carácter general, será de 5.151 euros anuales (antes era de 5.050) y, si se trata de contribuyentes que tengan una edad superior a sesenta y cinco años, ese mínimo se aumentará en 918 euros anuales (antes 900), y si la edad supera los setenta y cinco años el aumento adicional será de 1.122 euros anuales (antes 1.100).

Dos. Artículo 58 (mínimo por descendientes). “Idem, eadem”: aumentar en un 2 por 100. El mínimo por descendiente será, por cada uno de ellos menor de veinticinco años o con discapacidad cualquiera que sea su edad, siempre que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, de 1.836 euros anuales (antes 1.800) por el primero; 2.040 (antes 2.000) por el segundo; 3.672 por el tercero (antes 3.600) y 4.182 por el cuarto y siguientes (antes 4.100).

Tres. Se modifica el artículo 59 (mínimo por ascendientes). Más de lo mismo: aumento de un 2 por 100. Tratándose de ascendientes mayores

de sesenta y cinco años o con discapacidad, cualquiera que sea su edad, que convivan con el contribuyente y no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, el mínimo será de 918 euros anuales (antes 900) y si el ascendiente fuera mayor de setenta y cinco años el mínimo a que acabamos de referirnos se aumentará en 1.122 euros anuales (antes 1.100).

Cuatro. Se modifica el artículo 60 (mínimo por discapacidad). Continuamos con el aumento del 2 por 100. Por ejemplo, en el número 1 se establece el mínimo por discapacidad del contribuyente, que ahora será de 2.316 euros anuales cuando sea una persona con discapacidad y 7.038 euros anuales cuando sea una persona con discapacidad y acredite un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100. Las cantidades anteriores eran, respectivamente, de 2.270 y 6.900 euros anuales.

Cinco. Se modifica el artículo 61.4.º (normas comunes para la aplicación del mínimo del contribuyente y por descendientes, ascendientes y discapacidad). Este número 4.º establece que: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en caso de fallecimiento de un descendiente que genere el derecho al mínimo por descendientes, la cuantía será de 1.836 euros anuales por descendiente". En el texto anterior, la cantidad era de 1.800 euros anuales; por tanto, se sigue aumentando en un 2 por 100.

Artículo 67. Escalas generales y complementaria del Impuesto.

La tónica sigue siendo la misma: aumento de las cantidades en un 2 por 100. En su consecuencia se modifican:

Uno. El apartado 1 del artículo 63 (escala general del Impuesto): 1) La parte de la base liquidable general que excede del importe del mínimo personal y familiar a que se refiere el artículo 56 de esta Ley será gravada de la siguiente forma: 1.º A la base liquidable general se le aplicarán los tipos que se indican en la siguiente escala:

Base liquidable Hasta euros	Cuota íntegra Euros	Resto base liquidable Hasta euros	Tipo aplicable Porcentaje
0,00	0,00	17.707,20	15,66
17.707,20	2.772,95	15.300,00	18,27
33.007,20	5.568,26	20.400,00	24,14
53.407,20	10.492,82	En adelante	27,13

Dos. El apartado 1 del artículo 74 (escala autonómica o complementaria del Impuesto). Más de lo mismo. La nueva escala complementaria, si la Comunidad Autónoma no hubiera aprobado la escala a que se refiere el párrafo anterior, será la siguiente:

Base liquidable Hasta euros	Cuota íntegra Euros	Resto base liquidable Hasta euros	Tipo aplicable Porcentaje
0,00	0,00	17.707,20	8,34
17.707,20	1.476,78	15.300,00	9,73
33.007,20	2.965,47	20.400,00	12,96
53.407,20	5.588,91	En adelante	15,87

Artículo 68. *Normas aplicables en la tributación conjunta.*

Con efectos desde 1 de enero de 2008, el número 2.º del apartado 2 del artículo 84 de la Ley 35/2006 quedará redactado como sigue:

“2.º En cualquiera de las modalidades de unidad familiar, se aplicará el importe del mínimo previsto en el apartado 1 del artículo 57, con independencia del número de miembros integrados en la misma.– Para la cuantificación del mínimo a que se refiere el apartado 2 del artículo 57 y el apartado 1 del artículo 60, ambos de esta Ley, se tendrán en cuenta las circunstancias personales de cada uno de los cónyuges integrados en la unidad familiar.– En ningún caso procederá la aplicación de los citados mínimos por los hijos, en perjuicio de la cuantía que proceda por el mínimo por descendientes y discapacidad.”

La modificación afecta al párrafo 1.º, que se remite al apartado 1 del artículo 57 y que antes recogía la cantidad fija de 5.050 euros anuales.

Artículo 69. *Obligación de declarar.*

Este artículo anuncia la modificación de los apartados 2 y 3 del artículo 96 de la Ley del Impuesto (35/2006); no obstante, la detallada comparación que hemos hecho de ambos apartados nos lleva a la conclusión de que la única modificación introducida afecta al párrafo primero del apartado 3, en el que se establece que: “El límite a que se refiere el párrafo a) del apartado 2 anterior será de 11.200 euros para los contribuyentes que perciban rendimientos íntegros del trabajo en los siguientes supuestos...”. Modificación que consiste, ¡cómo no!, en aumentar en un 2 por 100 la cantidad de 10.000 euros que se fijaba en la redacción anterior.

Disposición transitoria sexta. *Compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual en 2008.*

Tendrán derecho a la deducción regulada en esta disposición los contribuyentes que hubieran adquirido su vivienda habitual con anterioridad

a 20 de enero de 2006 utilizando financiación ajena y puedan aplicar en 2008 la deducción por inversión en vivienda habitual prevista en el artículo 68.1 de la Ley 35/2006, al constituir su vivienda habitual.

La cuantía de esta deducción será la suma de las deducciones correspondientes a la parte estatal y al tramo autonómico de la deducción por inversión en vivienda habitual, calculadas con arreglo a lo dispuesto en los apartados siguientes (apartados tres y cuatro).

Se entenderá que el contribuyente ha adquirido su vivienda habitual utilizando financiación ajena cuando cumpla los requisitos establecidos en el artículo 55 del Reglamento del IRPF (RD 1775/2004, de 30 de julio, según redacción vigente a 31 de diciembre de 2006).

La cuantía de la deducción calculada conforme a esta disposición se restará de la cuota líquida total, después de la deducción por obtención de rendimientos del trabajo o de actividades económicas a que se refiere el artículo 80 bis de la Ley 35/2006.

Disposición transitoria séptima. Compensación fiscal por percepción de determinados rendimientos del capital mobiliario con período de generación superior a dos años en 2008.

Tienen derecho a esta deducción los contribuyentes que en el período impositivo 2008 integren en la base imponible del ahorro cualquiera de los siguientes rendimientos del capital mobiliario:

a) Rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios a que se refiere el artículo 25.2 de la Ley 35/2006, procedentes de instrumentos financieros contratados con anterioridad a 20 de enero de 2006 y a los que les hubiera resultado de aplicación el porcentaje de reducción del 40 por 100 previsto en el artículo 24.2.a) del texto refundido de la Ley del IRPF, aprobado por el RD Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por tener un período de generación superior a dos años.

b) Rendimientos derivados de percepciones en forma de capital diferido a que se refiere el artículo 25.3.a).1.º de la Ley 35/2006, procedentes de seguros de vida o invalidez contratados con anterioridad a 20 de enero de 2006 y a los que les hubiera resultado de aplicación los porcentajes de reducción del 40 ó 75 por 100 previstos en los artículos 24.2.b) y 94 del citado texto refundido.

La cuantía de esta deducción será la diferencia positiva entre la cantidad resultante de aplicar el tipo de gravamen del 18 por 100 al saldo positivo resultante de integrar y compensar entre sí el importe total de los rendimientos netos previstos en el apartado anterior y el importe teórico de la cuota íntegra que hubiera resultado de haber integrado dichos rendimientos en la base liquidable general con aplicación de los porcen-

tajes indicados en el apartado anterior. (Por favor, si lo entienden, me lo explican.)

El importe teórico de la cuota íntegra se determina conforme al apartado Tres de esta transitoria y el saldo a que se refiere dicho apartado de acuerdo con lo prevenido en el Cuarto siguiente.

La entidad aseguradora deberá comunicar al contribuyente el importe de los rendimientos netos derivados de percepciones en forma de capital diferido procedentes de seguros de vida e invalidez y la cuantía de la deducción se restará de la cuota líquida total, después de la deducción por obtención de rendimientos del trabajo o actividades a que se refiere el artículo 80 bis de la Ley 35/2006.

b) Impuesto sobre Sociedades.

Se incluyen respecto a este impuesto las actualizaciones de los coeficientes aplicables a los activos inmobiliarios, que permite corregir la depreciación monetaria en los supuestos de transmisión y, además, se recoge la forma de determinar los pagos fraccionados durante el ejercicio 2009. A saber:

Artículo 70. Coeficientes de corrección monetaria.

Con efectos para los períodos impositivos que se inicien durante el año 2009, los coeficientes previstos en el artículo 15.9.a) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), en función del momento de adquisición del elemento patrimonial transmitido, serán los siguientes:

	<u>Coeficiente</u>
Con anterioridad a 1 de enero de 1984	2,2450
En el ejercicio 1984	2,0385
1985	1,8826
1986	1,7724
1987	1,6884
1988	1,6130
1989	1,5427
1990	1,4823
1991	1,4316
1992	1,3999
1993	1,3816
1994	1,3567
1995	1,3024

	<u>Coefficiente</u>
1996	1,2404
1997	1,2127
1998	1,1970
1999	1,1887
2000	1,1827
2001	1,1583
2002	1,1443
2003	1,1250
2004	1,1142
2005	1,0995
2006	1,0779
2007	1,0547
2008	1,0220
2009	1,0000

Artículo 71. *Pago fraccionado.*

Respecto de los períodos impositivos que se inicien durante el año 2009, el porcentaje a que se refiere el apartado 4 del artículo 45 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades será:

1) El 18 por 100 para la modalidad de pago fraccionado prevista en el apartado 2 del mismo, es decir, para los sujetos pasivos cuyo plazo reglamentario de declaración estuviera vencido el primer día de los veinte naturales de los meses de abril, octubre y diciembre.

2) Y para la modalidad prevista en el apartado 3 del propio artículo 45, o sea, la aplicable a los sujetos pasivos que hubieran optado, durante el mes de febrero del año natural en la correspondiente declaración anual, realizar los pagos fraccionados los tres, nueve u once primeros meses de cada año natural, el porcentaje será el resultado de multiplicar por cinco séptimos el tipo de gravamen redondeado por defecto.

Estarán obligados a aplicar esta última modalidad los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley del IVA (Ley 37/1992, de 28 de diciembre), haya superado la cantidad de 6.010.121,04 euros durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicien los períodos impositivos dentro del año 2009.

c) *Impuesto sobre Bienes Inmuebles.*

Con efectos de 1 de enero de 2009, establece el artículo 72, se actualizarán todos los valores catastrales de los bienes inmuebles mediante la aplicación del coeficiente 1,02, “usease” el ya conocido 2 por 100.

Dicho coeficiente se aplicará:

— Sobre el valor asignado para 2008, cuando se trate de inmuebles valorados conforme a los datos obrantes en el Catastro Inmobiliario.

— Sobre los obtenidos en la aplicación de Ponencias de valores parciales aprobadas en el ejercicio 2008, cuando se trate de valores catastrales notificados en dicho ejercicio.

— Cuando se trate de inmuebles que hubieran sufrido alteraciones de sus características conforme a los datos obrantes en el Catastro, sin que dichas variaciones hubieran tenido efectividad, el coeficiente se aplicará sobre el valor asignado a tales inmuebles, en virtud de las nuevas circunstancias, por la Dirección General del Catastro, con aplicación de los módulos que hubieran servido de base para la fijación de los valores catastrales del resto de inmuebles del municipio.

— Y en el caso de inmuebles rústicos que se valoren, con efectos 2009, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, el coeficiente únicamente se aplicará sobre el valor catastral vigente en el ejercicio 2008 para el suelo del inmueble no ocupado por las construcciones.

Se establece, además:

1.º) Que quedan excluidos de la actualización los valores catastrales obtenidos de la aplicación de las Ponencias de valores totales aprobadas entre el 1 de enero de 1999 y el 30 de junio de 2002, así como los obtenidos de la aplicación de las Ponencias de valores aprobadas desde la primera de las fechas indicadas en los municipios en que haya sido de aplicación el artículo 2.º de la Ley 53/1997, de 27 de diciembre, por la que se modifica parcialmente la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, y se establece una reducción en la base imponible del IBI.

2.º) Que el incremento previsto para los inmuebles rústicos no tendrá efectos respecto al límite de la base imponible de las explotaciones agrarias que condiciona la inclusión en el Régimen Especial Agrario de la SS de los Trabajadores por Cuenta Propia, que seguirá rigiéndose por su legislación específica.

En la disposición final duodécima de esta Ley presupuestaria se introduce la última modificación referente al IBI al darse nueva redacción a la disposición transitoria duodécima de la Ley Reguladora de las Haciendas

Locales (RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), en el que se establece la determinación de la base liquidable del IBI en los siguientes términos: “Hasta el 31 de diciembre de 2010 la determinación de la base liquidable del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, atribuida a los ayuntamientos en el apartado 3 del artículo 77 de esta Ley, se realizará por la Dirección General del Catastro, salvo que el ayuntamiento comunique a dicho centro directivo que la indicada competencia será ejercida por él. Esta comunicación deberá realizarse antes de que finalice el mes de febrero del año en el que asuma el ejercicio de la mencionada competencia”. Se mantiene, por tanto, la misma norma que introdujo por primera vez la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (Ley 42/2006, de 28 de diciembre), con el cambio lógico de fechas –en la Ley que se acaba de citar era hasta el 31 de diciembre de 2008 y en la presente hasta el 31 de diciembre de 2010.

2. Impuestos indirectos.

a) *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.*

Un año más se actualiza (al 2 por 100), con efectos desde el 1 de enero de 2009, la escala por transmisiones y rehabilitaciones de grandeza y títulos nobiliarios recogida en el párrafo primero del artículo 43 de la Ley de este Impuesto (RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), que será la siguiente:

Escala	Transmisiones directas —	Transmisiones transversales —	Rehabilitaciones y reconocimiento de títulos extranjeros —
	Euros	Euros	Euros
1.º Por cada título con grandeza	2.543	6.374	15.282
2.º Por cada grandeza sin título	1.818	4.557	10.910
3.º Por cada título sin grandeza	725	1.818	4.373

3. Otros tributos.

Leemos en la E. de M.: “Por lo que se refiere a las TASAS, se actualizan, con carácter general, al 2 por 100 los tipos de cuantía fija de las tasas de la Hacienda estatal, excepto las tasas que se hayan creado o actualizado específicamente por normas dictadas en el año 2008. Por su parte, la tasa de reserva del dominio público radioeléctrico se actualiza, como media, al 1,8 por 100. Además, se reduce la cuantía fija de las tasas por publicación de anuncios en el *Boletín Oficial del Estado* y en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, así como la de la tasa aplicable al procedimiento de modificación de la autorización ya otorgada de apertura de una entidad elaboradora de productos zoonosanitarios; se produce una reordenación de las tasas de la Jefatura Central de Tráfico y se incrementan las tasas del Ministerio del Interior relativas a la expedición del Documento Nacional de Identidad y del pasaporte y de determinados documentos en materia de inmigración y extranjería. También se elevan, en un 3 por 100, las tasas aeroportuarias, salvo las de seguridad aeroportuaria, cuyo aumento es de un 7 por 100”.

“Se mantienen, en cambio, para el ejercicio 2009, los tipos y cuantías fijas establecidos para las tasas que gravan los juegos de suerte, envite o azar, en los importes exigibles durante 2008.”

Sin comentarios. Sube todo, menos las tasas por juegos.

En los artículos 74 a 83 se regulan estas modificaciones, entre las que —como persona y como notario— nos parece oportuno relacionar:

- Tasa por expedición del DNI: 10 euros (art. 75).
- Tasa por expedición del pasaporte: 20 euros (art. 75)
- Tasa por expedición de anuncios en el BOE (art. 79):

- Por anuncios a publicar en las secciones IV (Administración de Justicia), VA (Anuncios de licitaciones públicas y adjudicaciones) y VB (otros anuncios oficiales), por línea de texto: 12,183071 euros.

- Por anuncios a publicar en la sección VC (anuncios particulares), por línea de título, 10,964763 euros y por línea de texto, 12,183071 euros.

- Los que se publiquen a instancias del anunciante, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su entrega: cuantía doble; idéntica cuantía para las que sean entregadas el viernes para su publicación el lunes siguiente.

- Tasa por los actos a publicar en el BORME (art. 79):

- En la Sección Primera (Empresarios): actos simples, 26,000000 euros; actos complejos, 53,500000 euros; otros actos, 9,000000 euros. Los enume-

rados en el artículo 392.1, apartado segundo del RRM [datos relativos a circunstancias no inscritas que se comunicarán al Registro Mercantil Central por los Registradores Mercantiles al objeto de que gestione su publicación en el BORME –concretamente la fecha a partir de la cual los suscriptores pueden exigir la restitución de sus aportaciones (art. 131 RRM)]– se publicarán de oficio sin cargo alguno.

- En la Sección II (anuncios y avisos legales): por línea de título, 10,964763 euros; por línea de texto, 12,183071 euros. Resulta también de aplicación la cuantía doble en los mismos casos que hemos visto de anuncios en el BOE.

B) Otras disposiciones

Uno. *Interés legal del dinero (disp. adic. vigésimo séptima).*

Queda establecido en el 5,5 por 100 hasta el 31 de diciembre de 2009 (art. 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio) y el de demora será el 7 por 100 (art. 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

Dos. *Determinación del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para 2009 (disp. adic. vigésima octava).*

De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2 del RD Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, el IPREM tendrá, durante 2009, las siguientes cuantías: a) El diario, 17,57 euros; b) el mensual, 527,24 euros; y c) el anual, 6.326,86 euros.

En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituida por la referencia al IPREM, en aplicación de lo establecido en el citado RD Ley, la cuantía anual del IPREM será de 7.381,33 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 6.326,86 euros.

Tres. *Subvenciones al transporte aéreo y marítimo para residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla (disp. adic. trigésima octava).*

¡Sin novedad en el Alcázar! La disposición citada se limita a remitirse a lo regulado en el artículo 6 de la Ley 19/1994, de 6 de junio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, así como al

artículo 5 de la Ley 30/1998, de 29 de julio, del Régimen Especial de las Islas Baleares y a autorizar al Gobierno de la Nación para que, durante 2009, modifique o, en su caso, reemplace el actual sistema por otro. Modificación que nunca podrá suponer una disminución de la ayuda prestada o un deterioro en la calidad del servicio, ni incremento de los créditos asignados a esta finalidad.

El régimen vigente es el que introdujo la Ley 46/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, en su disposición adicional cuadragésima cuarta, a saber: el 50 por 100 de reducción para viajes realizados entre las mencionadas Comunidades y Ciudades Autónomas, respectivamente, y el resto del territorio nacional; el 25 por 100 en las tarifas del transporte marítimo y el 50 por 100 las de transporte aéreo en viajes interinsulares, aplicables a los ciudadanos españoles, de los demás Estados de la UE, de los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo y de Suiza residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla.

Cuatro. *Financiación de la Iglesia Católica (disp. adic. cuadragésima octava).*

Durante el año 2009 el Estado entregará, mensualmente, a la Iglesia Católica la suma de 13.006.094,24 euros, a cuenta de la cantidad que debe a la Iglesia por aplicación de lo dispuesto en los apartados Uno y Dos de la disposición adicional decimoctava de la citada Ley 42/2006 (que es el 0,7 por 100 de la cuota íntegra del IRPF, correspondiente a los contribuyentes que manifiesten expresamente su voluntad en tal sentido).

Antes del 30 de noviembre de 2010, se efectuará una liquidación provisional de la asignación correspondiente a 2009, practicando la liquidación definitiva antes del 30 de abril de 2011. En ambas liquidaciones, una vez efectuadas, se procederá por las dos partes a regularizar, en un sentido o en otro, el saldo existente.

Recordemos que el Estado también destinará a subvencionar actividades de interés social otro 0,7 por 100 de la cuota íntegra del IRPF del ejercicio 2009, correspondiente a los autorizantes que lo manifiesten así expresamente (disp. adic. cuadragésima séptima).

Cinco. *Actividades prioritarias de mecenazgo (disp. adic. cuadragésima novena).*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, durante el año 2009 se considera-

rán actividades prioritarias las que la citada disposición adicional enumera (las llevadas a cabo por el Instituto Cervantes para la promoción y la difusión de la lengua española –¡horror!, dice española y no castellana– y de la cultura; la promoción y la difusión de las lenguas oficiales de los diferentes territorios del Estado español –tampoco dice “país”– llevadas a cabo por las CCAA con lengua oficial propia; etc.).

Los porcentajes y los límites de las deducciones establecidas en los artículos 19, 20 y 21 de la citada Ley 49/2002 se elevarán en cinco puntos porcentuales en relación con estas actividades consideradas prioritarias. En consecuencia:

— Los contribuyentes del IRPF tendrán derecho a deducir de la cuota íntegra el 30 por 100 de la base de la deducción determinada según el artículo 18 de la repetida Ley 49/2002.

— Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades tendrán derecho a deducir de la cuota íntegra de este impuesto el 40 por 100 de la base de deducción, también determinada según el mencionado artículo 18, no pudiendo exceder la base de esta deducción del 15 por 100 de la base imponible del período impositivo.

— Y los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que operen en territorio español sin establecimiento permanente podrán aplicar la deducción del 30 por 100, sin que exceda del 15 por 100 de la base imponible del conjunto de las declaraciones presentadas en el plazo de un año desde la fecha del donativo, donación o aportación. Si los contribuyentes por este Impuesto operaran en territorio español mediante establecimiento permanente podrán aplicar la deducción expuesta respecto del Impuesto sobre Sociedades.

Seis. *Consideración de familia numerosa a las familias monoparentales con dos hijos a cargo (disp. adic. sexagésima cuarta).*

El Gobierno, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta Ley, dará cumplimiento a la disposición septuagésima de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, llevando a cabo las oportunas modificaciones legales para que las familias monoparentales con dos hijos a cargo tengan la consideración de familia numerosa.

La invocada disposición adicional septuagésima de la Ley 51/2007 ya establecía que el Gobierno llevaría a cabo las oportunas modificaciones para que las familias de que se trata tuvieran la consideración de familia numerosa. Un año no ha bastado para llevar a cabo estas modificaciones; ahora se da el plazo de un mes... ¡Dios dirá!

Siete. *Modificación del texto refundido de la Ley del Suelo (RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio) (disp. final decimosexta).*

Con efectos de 1 de enero de 2009 y vigencia indefinida se modifica el apartado 1 de la disposición adicional séptima del texto refundido citado, que queda redactado en los siguientes términos:

“1. Para la capitalización de la renta anual real o potencial de la explotación a que se refiere el apartado 1 del artículo 23 (valoración en el suelo rural), se utilizará como tipo de capitalización la última referencia publicada por el Banco de España del rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.”

La modificación supone la sustitución del plazo anteriormente fijado —que era el de tres años— por el que se acaba de indicar (entre dos y seis años).

II. DECRETO-LEY 1/2008, DE 10 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS TRIBUTARIAS PARA IMPULSAR LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN LAS ILLES BALEARS

Por segundo año consecutivo el Parlamento de nuestras Islas, respetando la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha limitado a aprobar una Ley de Presupuestos Generales (Ley 9/2008, de 19 de diciembre), que ha nacido sola, en contra del criterio que había mantenido en los años 2004, 2005 y 2006, en que iba del brazo de la correspondiente Ley de Acompañamiento, que se titulaba Ley de Medidas Tributarias y Administrativas.

En la Ley 9/2008 no encontramos ningún título en el que se contengan normas tributarias, si exceptuamos:

— El artículo 21, que constituye el capítulo II del título IV, en el que se establece que para el año en curso las cuotas fijas de los tributos propios y otras prestaciones patrimoniales de carácter público de la Hacienda de esta C. A. se aumentarán en la cantidad que resulte de aplicar a la cantidad exigida durante el año 2008 el coeficiente derivado del aumento del IPC del Estado español correspondiente al ejercicio de 2007. Exceptuándose de este aumento los tributos y las prestaciones patrimoniales de carácter público que se hayan actualizado por normas aprobadas el año 2008.

— La disposición final primera, en la que se modifica la Ley 6/2007, de 27 de diciembre, en materia de tributación del juego [letras b) y c) del artículo 15].

— Y la disposición final tercera, modificativa de la Ley 11/1998, de 14 de diciembre, sobre el régimen específico de las tasas de esta C. A. (tasa por la prestación de servicios administrativos generales en materia de transporte; tasas relativas a la Consellería de la Función Pública e Interior, a la Dirección de Política Lingüística y a la Consellería de Educación, Cultura y Deportes; tasa por licencias de caza, de pesca fluvial, por viajeros, relativa a la pesca fresca, para embarcaciones deportivas y recreativas, relativas a la cuantía de las tarifas aplicables por servicios independientes que se presten en instalaciones de la administración portuaria de la C. A. y tasas de la Consellería de Sanidad y Consumo).

Quizá la razón de este cuasisilencio de la Ley de Presupuestos haya sido que —como ha hecho el Gobierno de la Nación y el Gobierno de muchas CC. AA.— el de estas islas se haya adelantado a diciembre y con la intención de paliar la grave crisis económica, generalizada en el ámbito internacional, nacional y regional, haya adoptado una serie de medidas que, como indica el Preámbulo del Decreto-Ley 1/2008, de 10 de octubre, de medidas tributarias para impulsar la actividad económica en las Illes Balears, están encaminadas a la “promoción de la inversión en capital físico y humano y de creación de empresas, como (a la) minoración de los perjuicios que deben soportar los colectivos con menor renta disponible”.

Los beneficios fiscales que se establecen en el citado Decreto-Ley se articulan entre tres grandes ámbitos de actuación, a saber: la dinamización de la actividad productiva y de la ocupación; el impulso de la actividad inmobiliaria, favoreciendo el acceso a la vivienda a los jóvenes y a otros colectivos que requieren una atención especial por parte de los poderes públicos, y la racionalización y adaptación de los beneficios fiscales existentes relativas al acceso a la vivienda y a los siguientes impuestos:

a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Artículo 2. Tramo autonómico de la deducción por inversión en vivienda habitual en nuestro territorio.

Se establecen los siguientes porcentajes: con carácter general, el 4,95 por 100 y cuando se trate de obras de adecuación en la vivienda habitual por personas con discapacidad a que se refiere el apartado 4.º del artículo 68.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF (obras certifica-

das como necesarias por la Administración competente; obras efectuadas en la vivienda habitual del contribuyente por su incapacidad o la de su cónyuge o pariente, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el tercer grado inclusive, que convivan con él; y que la vivienda debe estar ocupada por las personas a que acabamos de hacer referencia, a título de propietario, arrendatario, subarrendatario o usufructuario), el porcentaje será el 10 por 100.

Artículo 3. Deducción autonómica por las cuotas satisfechas en concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, por razón de la adquisición de la vivienda habitual por parte de determinados colectivos.

Los contribuyentes que cumplan los requisitos para la aplicación del tipo reducido del 3 por 100 a que se refiere el artículo 12 de la Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Económico-Administrativas (adquirentes de inmuebles que vayan a constituir la vivienda habitual de menores de treinta y seis años o discapacitados con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 o de una familia numerosa, que cumplan simultáneamente los requisitos enumerados en dicho precepto), podrán deducir, de la cuota íntegra autonómica, el 50 por 100 de las cuotas satisfechas en el período impositivo en concepto de transmisiones patrimoniales onerosas, por razón de la adquisición de la vivienda habitual.

Artículo 4. Deducción autonómica por las cuotas satisfechas en concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad de actos jurídicos documentados, por razón de la adquisición de la vivienda habitual por parte de determinados colectivos.

Los contribuyentes que cumplan los requisitos para la aplicación del tipo de gravamen del 0,5 por 100 a que se refiere el artículo 14.1.b) de la indicada Ley 6/2007 (que son los mismos a que se refiere el art. 3 precedente), podrán deducir, de la cuota íntegra autonómica, el 50 por 100 de las cuotas satisfechas en el período impositivo en concepto de documentos notariales, cuota variable, de la modalidad de AJD del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD, por razón de la adquisición de la vivienda habitual.

Artículo 5. Deducción autonómica por las cuotas satisfechas en concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Do-

cumentados por razón de la adquisición de la vivienda habitual, calificada por la Administración como protegida, por parte de determinados colectivos.

Los contribuyentes que cumplan los requisitos del repetido artículo 12 de la Ley 6/2007 podrán deducir, de la cuota íntegra autonómica, el 75 por 100 de las cuotas satisfechas en el período impositivo en concepto de transmisiones patrimoniales onerosas, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD, por razón de la adquisición de la vivienda habitual, cuando se trate de una vivienda calificada por la Administración como protegida y la adquisición no goce de exención.

Asimismo, los contribuyentes a que se refiere el apartado anterior podrán deducir el 75 por 100 de las cuotas satisfechas en el período impositivo en concepto de documentos notariales, cuota variable de los citados impuestos, por razón de la adquisición de la vivienda habitual, edificada por la Administración como protegida y el acto documentado no goce de exención.

Artículo 6. Deducción autonómica por el arrendamiento de la vivienda habitual en estas islas realizado por determinados colectivos.

Se modifica el artículo 5 de la Ley 6/2007 (deducción autonómica por el arrendamiento de la vivienda habitual en el territorio de las Illes Balears realizado por jóvenes, discapacitados o familias numerosas), a saber:

1) En cuanto al primer párrafo de su apartado 1, en el sentido de que los contribuyentes menores de treinta y seis años, discapacitados con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 y el padre o padres que conviven con el hijo o hijos sometidos a patria potestad y que integren una familia numerosa, podrán deducir, de la cuota íntegra autonómica, el 15 por 100 de las cuotas satisfechas en el período impositivo, con un máximo de 300,00 euros anuales, siempre que cumplan los requisitos que se enumeran seguidamente.

2) Y se añade un segundo párrafo a la letra e) del apartado 1, con la siguiente redacción: “No obstante, en el caso de familias numerosas, los límites cuantitativos a que se refiere el párrafo anterior serán de 24.000,00 euros para el caso de tributación individual y de 36.000,00 euros para el caso de tributación conjunta”. Los límites normales son de 18.000,00 y 30.000,00 euros, respectivamente.

b) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Artículo 7. Reducciones para la adquisición de bienes y derechos afectos a actividades económicas o por la adquisición de participaciones sociales en entidades, cuando se mantengan los puestos de trabajo.

En los casos en que en una adquisición lucrativa entre vivos a favor del cónyuge o de los descendientes estuviera incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o el valor de participaciones en entidades a las que sea aplicable la exención regulada en el apartado Ocho del artículo 4.º de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio (Ley 19/1991, de 6 de junio) –bienes y derechos de las personas físicas necesarias para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y constituyan su principal fuente de renta, o de bienes y derechos comunes a ambos miembros del matrimonio, cuando se utilicen en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional de cualquiera de los cónyuges y se cumplan los requisitos a que se acaba de hacer referencia–, para obtener la base liquidable se aplicarán en la imponible una reducción del 99 por 100 del mencionado valor, siempre y cuando el donatario mantenga los puestos de trabajo de la empresa, negocio o entidad durante el plazo establecido en el artículo 24 de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y se cumplan todos los requisitos contenidos en este último precepto legal. Requisitos que son: que el donante tenga sesenta años o más o se encuentre en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez; que si el donante ejerciera funciones de dirección en la empresa, el negocio o la entidad, deje de hacerlo y de percibir remuneraciones por dicho ejercicio (no se consideran funciones de dirección la pertenencia al Consejo de administración de la sociedad); que el donatario mantenga lo adquirido durante los cinco años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que fallezca dentro de este plazo, y tenga derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio dentro de dichos cinco años; y el donatario no realice actos de disposición ni operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. La reducción anteriormente vigente era del 95 por 100 y estaba establecida en los artículos 22 y 23 de la Ley 22/2006, reguladora de este Impuesto, declarándose expresamente la incompatibilidad de ambas reducciones.

Se ha de considerar que se mantienen los puestos de trabajo cuando se mantenga la plantilla media total de la empresa, negocio o entidad, calculada en la forma prevista en el artículo 109 del texto refundido de la Ley

del Impuesto sobre Sociedades (RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), que al efecto determina que para el cálculo de la plantilla media total se tomarán las personas empleadas en los términos que disponga la legislación laboral, teniendo en cuenta la jornada contratada en relación a la jornada completa.

Si no se cumpliera el requisito de mantenimiento de los puestos de trabajo, deberá pagarse la parte del impuesto que se haya dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada. A estos efectos, el obligado tributario deberá presentar una autoliquidación complementaria en el plazo de un mes, a contar desde la fecha en que se produzca el incumplimiento y deberá ingresar, junto con la cuota resultante, los intereses de demora correspondientes.

Artículo 8. Reducción en las donaciones dinerarias de padres a hijos o a otros descendientes para constituir o adquirir una empresa individual o un negocio profesional o para adquirir participaciones en entidades, cuando se creen nuevos puestos de trabajo.

En este tipo de donaciones se aplicará una deducción del 99 por 100 (antes del 57 por 100) siempre y cuando se cumplan los requisitos contenidos en el artículo 30 de la repetida Ley 22/2006, con excepción del importe neto de la cifra de negocio a que se refiere la letra f) del apartado 1 del mencionado artículo, el cual no podrá superar los siguientes límites: a) seis millones de euros en el caso de empresa individual (antes tres millones), y b) dos millones de euros en el caso de adquisición de negocio profesional (antes un millón).

Los restantes requisitos exigidos por el citado artículo 30 son: la donación tiene que formalizarse en escritura pública y debe hacerse constar expresamente que el dinero donado se destina por el donatario a la constitución o adquisición de su primera empresa individual o de su primer negocio profesional, o a la adquisición de sus primeras participaciones sociales en entidades que cumplen los requisitos previstos en el artículo 30 de que se trata; la edad del donatario tiene que ser inferior a treinta y seis años; la constitución o adquisición de la empresa individual, del negocio o de las participaciones tiene que llevarse a cabo en el plazo máximo de seis meses desde la formalización de la donación; el donatario tiene que tener un patrimonio inferior a 400.000,00 euros; el importe máximo de la donación susceptible de integrar la base de la bonificación es de 30.000,00 euros, que se eleva a 42.000,00 en el caso de contribuyentes minusválidos con un grado de minusvalía física, psíquica o sensorial igual o superior al 33 por 100; tratándose de la adquisición de las participaciones de una entidad, además de respetarse las cuantías indicadas en la nueva letra f), las par-

ticipaciones adquiridas por el donatario tienen que representar, como mínimo, el 50 por 100 del capital social y el donatario tiene que ejercer efectivamente funciones de dirección de la entidad; y tanto en el caso de adquirir una empresa o un negocio profesional como en el de adquirir participaciones sociales, no tiene que existir ninguna vinculación en los términos previstos en el artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), entre aquéllas y el donatario.

Los límites referenciados deben aplicarse tanto en el caso de una única donación como en el de donaciones sucesivas, provengan del mismo o de diferentes ascendientes.

Son asimismo de aplicación las normas establecidas en el artículo 7.º examinadas en el apartado anterior (incremento de la plantilla media, obligación de pagar la suma que se haya dejado de ingresar en caso de incumplimiento del requisito anterior, presentando la oportuna autoliquidación en el plazo de un mes).

La reducción regulada en este artículo es incompatible con la prevista en el artículo 30 de la mentada Ley 32/2006, que es del 57 por 100.

Artículo 9. Deducción autonómica en las adquisiciones lucrativas entre vivos por sujetos incluidos en los grupos I y II.

Se modifica el apartado 2 del artículo 35 de dicha Ley 22/2006, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el cual pasa a tener la siguiente redacción:

“2. Cuando el resultado de multiplicar la base liquidable por T sea superior al importe de la cuota líquida la cuantía de la deducción será igual a cero.”

En la redacción anterior lo que había que multiplicar por T era la base imponible.

Recordemos que T, según dicho artículo 35, es el tipo porcentual del 7 por 100 y que la fórmula era y sigue siendo: $Da = CL(BL \times 7)$, siendo Da la deducción autonómica; CL, la cuota líquida; BL, la base liquidable, y T el 0,07.

Y no hace falta indicar que los grupos I y II son, respectivamente, descendientes menores de veintiún años, y descendientes de veintiuno o más años, cónyuges y ascendientes.

c) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

Artículo 10. Tipo reducido aplicable a las concesiones administrativas generadoras de nuestros puestos de trabajo.

El tipo vigente del 4 por 100, cualquiera que sea la naturaleza, duración y bienes sobre los que recaiga de las concesiones administrativas y actos y negocios administrativos análogos –establecido en los apartados 1 y 2 del art. 13 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD (RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), en relación con su art. 11 b)–, se reduce al 2 por 100, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que el importe neto de la cifra de negocio del último ejercicio cerrado no supere los seis millones de euros y que, durante los doce meses siguientes a la constitución de la concesión o del acto o negocio análogo, la plantilla media total de la empresa se haya incrementado respecto de la plantilla media de los doce meses anteriores y este incremento se mantenga a lo largo de todo el plazo de la concesión. El cálculo de la plantilla media se hace de acuerdo con el conocido artículo 109 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) y en el caso de que no se cumpla este requisito deberá pagarse la parte de impuesto que se haya dejado de ingresar, debiendo presentar el obligado tributario la correspondiente autoliquidación complementaria en el plazo de un mes.

Artículo 11. Tipo reducido aplicable a la transmisión de inmuebles incluidos en la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial en empresas individuales o negocios profesionales.

El tipo general del 7 por 100 se reduce en un punto (será del 6 por 100) en las transmisiones a que se refiere la rúbrica de este artículo 11 (*vid.* art. 7.5 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD y el art. 7.1 de la Ley del IVA –Ley 37/1992, de 28 de diciembre–) y siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que, antes de la transmisión, el transmitente ejercitara la actividad empresarial o profesional en el territorio de estas Islas de una forma habitual, personal y directa.

b) Que la transmisión de la empresa o negocio se produzca entre el ocupador, por un lado, y un trabajador, el cónyuge u otros familiares hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, por otro.

c) Que el adquirente mantenga el ejercicio de la actividad empresarial o profesional en las Islas Baleares de una forma habitual, personal y directa, durante un período mínimo de cinco años. Si así no se hiciese, deberá pagarse la parte del impuesto que se haya dejado de ingresar y presentar, en el plazo de un mes, la correspondiente autoliquidación complementaria.

d) Disposición derogatoria única. Normas que se derogan y normas que se declaran vigentes

1) Se derogan todas las normas de rango igual o inferior que se opongan a las disposiciones contenidas en este Decreto-Ley 1/2008.

2) En todo caso, se declaran expresamente en vigor las normas contenidas en el capítulo I del título I de la Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Económico-Administrativas.

e) Disposición final única. Entrada en vigor

La entrada en vigor fue la del día siguiente a su publicación en el *Boletín Oficial de las Illes Balears* (BOIB), o sea, el 11 de octubre del pasado año 2008, estableciéndose expresamente que “todas las medidas tributarias contenidas en el presente Decreto-Ley desplegarán efectos a partir de su entrada en vigor, con inclusión de las normas relativas al impuesto sobre la renta de las personas físicas”.

Y me resisto a terminar esta Circular sin destacar, a pesar de que no figura en su rúbrica, la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, además de introducirse otras modificaciones en la normativa tributaria (Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre la Renta de no Residentes, Impuesto sobre Actividades Económicas para el transporte por carretera para el año 2008, IVA, aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD, Impuestos Especiales, Impuesto sobre las Primas de Seguros, etc.). Y no me resisto porque dar una buena noticia en este árido y siempre gravoso campo es una gozada.

La E. de M. se despacha a gusto y, más vale tarde que nunca, dice:

“El Impuesto sobre el Patrimonio se estableció en el año 1977 como un tributo de carácter extraordinario, en el marco de la profunda reforma del sistema tributario iniciada ese año.

“La vigente Ley del Impuesto, la Ley 19/1991, de 6 de junio, supuso la incorporación con carácter estable del Impuesto al sistema tributario, con un triple objetivo: efectuar una función de carácter censal y de control del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; conseguir una mayor eficacia en la utilización de los patrimonios y la obtención de una mayor justicia redistributiva complementaria de la aportada por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

“Sin embargo, desde el momento de su establecimiento, las transformaciones, tanto del entorno económico internacional como las mismas modificaciones introducidas en el tributo, han hecho que pierda su capacidad para alcanzar de forma eficaz los objetivos para los que fue diseñado.

“En el actual contexto, resulta necesario suprimir el gravamen derivado de este impuesto mediante la fórmula más idónea para asegurar su eliminación efectiva e inmediata. Dicha eliminación del gravamen se produce tanto para la obligación real como para la obligación personal de contribuir.

“En consecuencia, el precepto que modifica determinados artículos de la Ley 19/1991, al igual que la derogación que afecta a otras disposiciones de dicha Ley, tiene por objeto eliminar el gravamen por este impuesto, sin necesidad de modificar al mismo tiempo la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, puesto que cualquier modificación de esta Ley debe ser objeto de un examen conjunto en el marco del proceso de reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas.”

Esta eliminación inmisericorde se lleva a cabo en el artículo tercero de nuestra Ley 4/2008, donde se introducen las siguientes modificaciones en la repetida Ley 19/1991:

Uno. Nueva redacción del artículo 33 (bonificación en general de la cuota íntegra): Sobre la cuota íntegra del impuesto se aplicará una bonificación del 100 por 100 a los sujetos pasivos por obligación personal o real de contribuir.

Antes esta bonificación era aplicable solamente en Ceuta y Melilla. En el texto original de la Ley la bonificación era del 50 por 100, habiéndose elevado al 100 por 100 por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Dos. Derogación de los artículos 6 (que ya lo estaba por la disp. final tercera de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria); 36 (autoliquidación); 37 (personas obligadas a presentar declaración); 38 (presentación de la declaración) y la disposición transitoria (que en el texto original imponía a los sujetos pasivos no residentes la obligación de comunicar a la Administración el nombre de su representante en España hasta el 31 de diciembre de 1991).

La aplicación/entrada en vigor del reproducido artículo tercero (defenestración del Impuesto sobre el Patrimonio) ha sido desde el 1 de enero de 2008, según la disposición final quinta de esta Ley 4/2008, lo que, unido a la derogación de los artículos 36, 37 y 38 que trataban, como hemos visto, de la gestión del impuesto, implican la desaparición de la obligación de presentar ninguna declaración más por razón del mismo, porque bien podría haber ocurrido que tuviéramos que presentar el correspondiente modelito oficial con cuota cero.

Y con esta gratísima noticia ponemos, ahora sí, punto final a la siempre engorrosa Circular sobre la Ley de Presupuestos y adláteres.

Palma, enero 2009

JURISPRUDENCIA

**MÁS ACÁ DE LA MEMORIA HISTÓRICA:
REVOCACIÓN DE UNA DONACIÓN MODAL
Y REVOCACIÓN DE UNA INJUSTICIA
(A propósito de la STS de 20 de julio de 2007)**

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ

Profesor contratado doctor de Derecho Civil.

Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

**Tribunal Supremo
Sala Primera, de lo Civil
Sentencia de 20 de julio de 2007
Ponente: don X. O. M.**

En la Villa de Madrid, a veinte de julio de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora D.^a F. T. H., en nombre y representación de D. G. y en su nombre y en interés de la comunidad de herederos de su padre D. P. J. y de su tío D. M., defendidos por el Letrado D. M. Á. R.; siendo parte recurrida el Abogado del Estado, en representación del Mi-

nisterio de Defensa y la Procuradora D.^a M. B. F. en nombre y representación de Cooperativa de Viviendas Hespérides, defendidos por el Letrado D. E. A. V., quienes asistieron al acto de la vista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. 1. El Procurador D. M. R. B., en nombre y representación de D. M. y D.^a E. interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra el Ministerio de Defensa y la Cooperativa de Viviendas “Hespérides” y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que se declare: 1.– La revocación de la donación efectuada por D. M. en favor del entonces Jefe del Estado y del Ramo de Guerra, hoy Ministerio de Defensa, por haberse incumplido la carga o modo de dicha donación contenida en la escritura de 5 de marzo de 1937. 2.– El derecho de los actores en nombre de la Comunidad hereditaria de D. M. y D. P. J. a la devolución por parte de los demandados de los terrenos que fueron objeto de la mencionada donación, y la nulidad de las enajenaciones que el donatario hubiere hecho y de las hipotecas y demás cargas que sobre los bienes objeto de la misma hubiese impuesto. 3.– La rescisión o resolución de la transmisión de los bienes donados operada por el MINISTERIO DE DEFENSA en favor de la COOPERATIVA DE VIVIENDAS “HESPÉRIDES”, a través de la subasta llevada a cabo con fecha 8 de mayo de 1997, con más la rectificación o cancelación de cuantas inscripciones se hubieran producido o se produzcan en el futuro como consecuencia de dicha enajenación. 4.– Subsidiariamente, y para el supuesto de que no se pudiera producir la devolución o reversión interesada de los dichos bienes, el derecho de los actores como miembros integrantes de la mencionada Comunidad de Herederos, y en beneficio de la misma, a percibir de los demandados, en forma solidaria, el valor que pudieran tener tales terrenos en el momento en que se declare por resolución judicial la imposibilidad de tal devolución o reversión, con más los intereses legales que se produzcan desde la interposición de esta demanda hasta el momento en que se produzca tal devolución o el pago subsidiario que se interesa. Y, en definitiva, que se condene a los demandados, en forma solidaria, a estar y pasar por tales declaraciones y al pago de las costas procesales.

2. El Procurador D. J. C. L., en nombre y representación de la Cooperativa de Viviendas “Hespérides”, solicitó la acumulación de estos autos a los de mayor Cuantía núm. 444/97 seguidos ante el Juzgado de primera Instancia núm. 4 (antiguo Juzgado mixto núm. 9) de esta ciudad, y solicitada la acumulación y dado traslado a la parte actora, se resolvió por Auto de fecha 7 de enero de 1998 por el que se acordó la acumulación a los presentes autos de los seguidos ante el Juzgado núm. 9 núm. 447/97 promovidos por el Procurador D. M. R. B. en nombre de D. G. que actuaba en su nombre y en interés de la comunidad de herederos de su padre D. P. J. y de su tío D. M., en el que alegaba los hechos y fundamentos que estimó procedentes, suplicando que se dictase sentencia por la que se es-

timase la demanda con los siguientes pronunciamientos: 1.- Se declare revocada, rescindida o resuelta, como corresponda, y en todo caso deje sin efecto alguno, la donación hecha por D. M. en favor del Estado, mediante las escrituras públicas de fechas 11 de febrero y 5 de marzo de 1937, desde la fecha en que las fincas donadas mediante las escrituras referidas dejaron de estar destinadas al servicio del Ramo de Guerra como campamento o base militar por causa de incumplimiento de las condiciones establecidas en la donación por el donante aceptadas por el Estado donatario y, por consiguiente, declare que las referidas fincas donadas deben volver al patrimonio de la comunidad de herederos del donante. 2.- En consecuencia, declare también la rescisión o resolución, como corresponda, y en todo caso deje sin efecto alguno, la subasta de las fincas referidas en el párrafo anterior o de una porción de ellas, y la compraventa de las mismas que, a consecuencia de la subasta, hayan celebrado entre sí los demandados, y la reversión también, por lo tanto, a mi representado y para la comunidad de herederos (del donante) de la que forma parte, de la PARCELA000 de 170.050 m², sacada a subasta, en pleno dominio y sin más carga ni gravamen que los que tenía cuando fue donada al Estado demandado. 3.- Ordene la rectificación que proceda de las inscripciones registrales practicadas sobre la referida finca (que es la número NUM000 del Registro de la Propiedad de La Laguna) y la inscripción del derecho de propiedad de dicha finca en favor de los herederos del donante. 4.- Subsidiariamente, para el caso de que no fuera posible la reversión del pleno dominio de la finca entera, condene al Estado demandado a abonar a la Comunidad de Herederos de que forma parte el demandante el valor de los que no pueda revertir y, al menos, el precio obtenido en la subasta por la finca subastada, y los intereses legales de la suma correspondiente, desde la interposición de la demanda. 5.- Alternativamente a todo lo anterior y para el caso de que no fuera estimado ninguno de los pronunciamientos que se piden en los párrafos anteriores (primero y, subsidiariamente, segundo), se condene a los demandados a cumplir la condición, modo o carga impuesta en la escritura de donación, consistente en mantener las fincas donadas destinadas al servicio del Estado y del Ramo de Guerra, como campamento o base militar. Y en todo caso, condene a los demandados a estar y pasar por los pronunciamientos de la sentencia y a cumplirlos y con imposición de las costas del juicio.

3. En fecha 11 de marzo de 1998 se dictó Auto por el Juzgado núm. 9 por el que se acordó la acumulación a los presentes autos de los seguidos ante ese Juzgado con el núm. 444/97, compareciendo la Procuradora D.^a S. M. D. R. en nombre de la "Cooperativa de Viviendas Hespérides" que contestó la demanda, alegando las excepciones de exceso de ejercicio de jurisdicción por entender que se trata de ello una cuestión sujeta a la jurisdicción contencioso-administrativa, la excepción de falta de legitimación activa por tratarse de una acción personalísima y la excepción de extemporaneidad en el ejercicio de la acción de revocación por haber transcurrido con exceso el plazo de caducidad que se fija en un año, así como los hechos y fundamentos jurídicos que estimó procedentes suplicando que se dictase sentencia por la que se desestimasen íntegramente las demandas con absolución de los demandados y con condena a los actores al pago de las

costas ocasionadas como consecuencia de este procedimiento y por manifiesta temeridad y mala fe.

4. El Abogado del Estado en la representación del Ministerio de Defensa contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó procedentes, suplicando que se dictase sentencia por la que se desestimases todas las pretensiones ejercitadas de contrario tanto de carácter principal como secundario, y con imposición de costas a la parte actora; y dado traslado de las contestaciones a la parte actora para réplica, por los mismos se contestó en el sentido de renunciar a la réplica solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

5. Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 24 de noviembre de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: Que desestimando íntegramente las demandas interpuestas por el Procurador D. M. R. B. en nombre de D. M., D.^a E. y D. G., debo absolver y absuelvo a los demandados Cooperativa de Viviendas "Hespérides" y Ministerio de Defensa, de las pretensiones formuladas en su contra y con condena en costas a los actores.

SEGUNDO. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia en fecha 11 de noviembre de 2000, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Desestimar los recursos de apelación y confirmar la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas de esta alzada a las partes apelantes.

TERCERO. 1. La Procuradora D.^a F. T. H., en nombre y representación de D. G. y en su nombre y en interés de la comunidad de herederos de su padre D. P. J. y de su tío D. M., interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Infracción del artículo 647 del Código civil, especialmente puesto en relación con el artículo 3.º, párrafo 1.º del mismo Código civil. SEGUNDO.- Infracción de los artículos 1091, 1255, 1256, 1258, 1262 y 1124 del Código civil.

2. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Defensa y D.^a M. B. F. en nombre y representación de Cooperativa de Viviendas Hespérides, presentaron sendos escritos de impugnación al mismo.

3. Habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para la misma el día 10 de julio de 2007, en que tuvo lugar, con asistencia de Procurador y Letrados.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. X. O. M.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los hechos de que debe partirse no plantean cuestión alguna en este recurso de casación. Esencialmente se reducen a una escritura de donación, con sus antecedentes y sus consecuentes.

La escritura de donación fue otorgada como donante por D. M., causante de los demandantes en la instancia y recurrentes en casación y el Comandante militar de Canarias representando al Jefe del Estado, de fecha 5 de marzo de 1937, de un terreno, dos fincas segregadas de otra mayor, sin incluir una charca o estanque construido dentro de una de ellas. Las cláusulas de tal escritura, prescindiendo de las descripciones de las fincas, son las siguientes que, como advierte el Notario "han sido redactados con sujeción a minuta presentada por los señores comparecientes":

PRIMERO: Que por escritura otorgada en 11 del mes próximo pasado ante el Notario D. J. D. M. sustituyendo, por indisposición al compañero D. A. Á. G., el Coronel de Ingenieros D. D., como mandatario del compareciente D. M. y cumpliendo la expresa voluntad de éste, donó a S.E. el Jefe del Estado, Generalísimo Franco, los dos trozos de terreno siguientes. **SEGUNDO:** Que para otorgar la donación el nombrado mandatario, en uso de las facultades conferidas, segregó los dos deslindados trozos de otra finca mayor que el D. M. había comprado a los herederos de D. D. en tres de julio de mil novecientos veintidós y por ante Notario D. B. C.-T., inscrita en el Registro de la Propiedad del Partido de La Laguna al folio NUM001 del tomo NUM002 de dicho término municipal, inscripción NUM003 de la finca número NUM004, que se describe. **TERCERO:** Que al otorgar la mencionada donación de los trozos de terreno segregados se consignó que se hacía para ser destinados por el donatario a los fines a los servicios del Estado con todo lo construido dentro de los mismos y los derechos y servidumbres a su favor existentes, todo libre de cargas y gravámenes y siendo su valor de pesetas VEINTIDÓS MIL CIENTO OCHENTA Y OCHO, dado que la riqueza líquida de la finca es de dos mil doscientas dieciocho pesetas y ochenta céntimos y los trozos son aproximadamente su mitad, quedando a favor del resto de las fincas del particular segundo las servidumbres de paso y de acueducto que hoy existen sobre los trozos segregados y omitiéndose por error que quedaba también como de la propiedad del donante, la charca o estanque construido dentro del trozo de la letra A), del particular primero. Fue aceptada por el general don J. P., en momento en que ya no era Comandante Militar de Canarias y sin ostentar particularmente expresa representación de S.E. el Jefe del Estado, razones por las cuales no resulta aceptada y por ello sin valor legal. **QUINTO:** Que con objeto de subsanar tal defecto involuntario por parte del donante y del autorizante, comparece personalmente don M. y otorga: que ratificando como ratifica, la escritura de donación que otorgó su mandatario, el Coronel de Ingenieros don D., a favor de S.E. el Jefe del Estado, de los dos trozos descritos en el particular primero de esta escritura, con cuanto en ellos se expresa y con la aclaración que se hace en el particular tercero, quiere consignar su agradecimiento por que se le haya aceptado la donación, reducida a los dos expresados trozos por ser

los únicos estimados como necesarios para el campamento y campo de instrucción y de tiro a que han sido destinados y por haberse aceptado que el mismo y del nombre del glorioso Generalísimo Franco. SEXTO: Y que el otro compareciente, Excmo. Sr. D. C., General Comandante Militar de Canarias, en funciones de su cargo y además por comunicaciones dirigidas a esta Comandancia y personalmente al compareciente por S.E. el Jefe del Estado, y por su orden, acepta la donación otorgada por don M., con el fin de destinar los terrenos descritos con cuanto en ellos se encuentre comprendido, excepto la charca o estanque, y bajo la denominación de "DIRECCION000" al Ramo de Guerra y al objeto indicado, reconociendo a favor del resto de la finca deslindada en el particular segundo de las servidumbres de paso y acueducto hoy existentes.

Los antecedentes de esta escritura de donación fue una anterior de 11 de febrero de 1937 que fue otorgada por un representante del donante, con poder en escritura pública, y un General que ya había cesado como Comandante Militar de Canarias y que carecía de representación del donatario, el Jefe del Estado. La esencia es el siguiente apartado:

Que cumpliendo la expresada voluntad de su mandante don M., dona a S.E. el Jefe del Estado, Generalísimo Franco, como tal jefe del Estado, los dos trozos de terreno segregados en el particular anterior, con todo lo construido dentro de los mismos, libres de toda carga y gravamen y con todos los derechos y servidumbres a su favor existentes cuyos trozos tienen un valor de veintidós mil ciento ochenta y ocho pesetas, para que los destinen a los fines o servicios del Estado que mejor estime.

Sus consecuentes son, en primer lugar, la inscripción en el Registro de la propiedad que se produjo el 6 de agosto de 1971 en el que se hace constar la donación... al objeto de destinar los terrenos donados, cuanto en ellos se encuentran comprendidos excepto la charca o estanque y bajo la denominación de "DIRECCION000" al Ramo de Guerra y al objeto de destinarlos para campamento y campo de instrucción y de tiro.

En segundo lugar, el hecho que ha provocado el conflicto: en 1997 se vendieron por el Ministerio de Defensa a la entidad Cooperativa de viviendas "Hespérides", ambas codemandadas y partes recurridas en casación.

Las dos demandas que se han formulado por los causahabientes del donante, tras dos sucesivas transmisiones hereditarias, lo han sido en el mismo año 1997 y han interesado la revocación de aquella donación por incumplimiento del modo.

SEGUNDO. Si la quaestio facti es clara, no ocurre así con la quaestio iuris. La demanda que formularon los causahabientes de aquel donante se basaba en la revocación de la donación modal por incumplimiento del modo, que prevé el artículo 647 del Código civil. Tanto la sentencia de primera instancia como la de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife han estimado que la donación fue pura, no hubo modo o carga alguna, por lo que la venta a la cooperativa es válida y, así, han desestimado la demanda.

La parte actora ha formulado el presente recurso de casación, en dos motivos y en el primero se plantea la cuestión crucial: si la donación es con modo y

éste se ha incumplido, por lo que procede la revocación *ex tunc* o si la donación es pura y simple y el Ministerio de Defensa pudo celebrar la venta a tercero. El segundo motivo es subsidiario del anterior y carece de interés.

La donación modal, aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, como dice el artículo 619 del Código civil, se rige por la normativa de la donación en la parte que exceda del valor de gravamen impuesto, añade el artículo 622, aunque lo hace con imprecisión terminológica al referirse a la remuneratoria, lo que ha sido superado por doctrina y jurisprudencia (sentencia de 27 de julio de 1994 y las que en ella se citan). El modo, carga o gravamen puede ser cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente (sentencia de 23 de noviembre de 2004) o puede ser un motivo, finalidad, deseo o recomendación (sentencias de 11 de diciembre de 1988 y 27 de diciembre de 1994) o, en definitiva, el cumplimiento de una obligación como determinación accesorio de la voluntad del donante (sentencia 6 de abril de 1999). Y esta amplia variedad de objeto del modo, comprende también la destinación, acción y efecto de destinar, es decir, el caso de que el donante impone el destino que ha de tener la cosa donada. Este es el supuesto que ahora se presenta en casación.

El artículo 647 del Código civil dispone: La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso. En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria.

Es de sobras conocido que cuando emplea la expresión “condiciones” se está refiriendo al modo, no a las condiciones en sentido jurídico preciso. Por lo cual, el incumplimiento del modo puede dar lugar a la revocación de la donación modal, aunque ciertamente es más bien una resolución, como se desprende del segundo párrafo del artículo transcrito, que atribuye a la revocación efectos *ex tunc*, con la ineficacia de los actos dispositivos realizados, a salvo la protección al tercero hipotecario derivada del principio de fe pública registral que consagra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

TERCERO. En el caso presente la donación otorgada en escritura pública de 5 de marzo de 1937 hace constar, como se ha transcrito, que el donante dona “los expresados trozos por ser los únicos estimados como necesarios para el Campamento y Campo de instrucción y de tiro a que han sido destinados”. Y el donatario, en nombre del Jefe del Estado la acepta “con el fin de destinar los terrenos descritos con cuanto en ellos se encuentre comprendido, excepto la charca o estanque y bajo la denominación de «DIRECCION000» al Ramo de Guerra y al objeto indicado”; a su vez, de la escritura precedente, de 11 de febrero de 1937, a la que se refieren los sujetos de la mencionada de 5 de marzo, ratificándola, es de destacar que se hace la donación al Jefe del Estado, como tal Jefe del Estado, “para que los destine a los fines o servicios del Estado que mejor estime”.

De lo cual se desprende, primero, que la donación se hace al Estado, no al patrimonio personal del Jefe del mismo, lo que no se ha discutido; segundo, relacionado con lo anterior, que la donación de unas tierras son para destino a los fines o servicios del Estado; tercero, concretando lo anterior, que su destino es al Ramo de Guerra, hoy Ministerio de Defensa y al objeto de ser utilizados como Campamento y Campo de instrucción y de tiro.

Lo cual es la determinación de la destinación, que ha establecido el donante y ha aceptado el donatario, del objeto de la donación y esto tiene la naturaleza jurídica de modo. Como tal, a su vez, ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad: "para el expresado destino del Ramo de Guerra, con las condiciones (quiere decir, modo) transcritas".

Consecuencia de ello, es que la voluntad de los contratantes –donante y donatario– y la naturaleza de la donación contiene un concreto modo: el destino de las tierras a uso militar por el Ministerio de Defensa. En ningún caso, la transmisión con ánimo de lucro de dichas tierras a una entidad para que construya como domicilios habituales o de recreo, con ánimo de lucro.

Y, por tanto, debe estimarse el primero de los motivos del recurso de casación formulado por la parte demandante en la instancia, por infracción del artículo 647 del Código civil. Hay que hacer dos matices: primero, no tiene sentido pretender por la parte recurrida que se inadmita por no citar el artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se funda el motivo, por ser evidente y por no caber el exagerado formalismo que proscribe el artículo 24 de la Constitución Española; segundo, tampoco tiene sentido la referencia por la parte recurrente que se hace en este motivo al artículo 3, primer párrafo, del Código civil pues la realidad social de aquella época nada tiene que ver con el incumplimiento del modo en la época actual, ni la norma se refiere a los contratos sino a la aplicación de la ley.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial infringe el artículo 647 del Código civil por no apreciar la revocación del contrato de donación, por incumplimiento del modo, donación que se califica de modal por la destinación por el donante aceptada por el donatario a campamento militar y campo de tiro, asignado al –hoy– Ministerio de Defensa. Modo que fue incumplido cuando pasó a ser objeto de tráfico jurídico, con ánimo de lucro. Y no puede decirse –como se apunta por la parte demandada y recurrida en casación– que el beneficio económico vaya a ser destinado a intereses del Ministerio de Defensa, porque el modo nunca se pensó para este destino, sino para el uso militar y si este uso resultó ser temporal (guerra civil y medio siglo más), temporal debe ser considerada la donación, por mor del artículo 647 del Código civil.

Aunque el caso no es el mismo, pues no se trató de donación modal sino de incautación, la sentencia de 25 de enero de 2000 admite la acción reivindicatoria sobre el edificio que, habiendo sido incautado, no fue devuelto a sus legítimos propietarios que lo reivindicaron tras la finalización de la guerra civil.

CUARTO. Al ser estimado el motivo primero del recurso de casación y dar lugar al mismo, como dispone el artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento

Civil, esta Sala asume la instancia y debe resolver lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

Debe partirse, según lo dicho que justifica la estimación del recurso, de que se ha producido el incumplimiento del modo por dejar la destinación que venía acordada por el donante y aceptada por el donatario. En la revocación de la donación planteada por los herederos del donante, al amparo del artículo 647 del Código civil, las partes demandadas en instancia y recurridas en casación, han planteado tres cuestiones que deben resolverse: la incompetencia de jurisdicción, la legitimación activa y la caducidad.

Incompetencia de jurisdicción. Si bien se ha apuntado muy brevemente y con cierta –podemos decir– timidez, es preciso referirse a la misma, también con brevedad y para rechazarla. Por más que una de las partes demandadas haya sido la Administración y haya comparecido en su defensa el Abogado del Estado, el objeto del proceso es una clara acción civil, la de revocación de una donación modal, contrato civil. Que el donatario sea el Estado, ramo de Guerra, hoy Ministerio de Defensa, sólo ha precisado la reclamación previa en vía administrativa, pero no determina la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Legitimación activa de los demandantes. Se ha alegado por las partes demandadas el carácter personalísimo de la acción de revocación de la donación modal por incumplimiento del modo y su intransmisibilidad a los herederos. La jurisprudencia no ha negado el carácter transmisible mortis causa de esta acción, lo que no la niega tampoco el Código civil (a diferencia de la acción de revocación por ingratitud, artículo 653). Lo que ha mantenido es que si el donante no quiso la revocación o no quiso ejercitar la acción pudiendo hacerlo, no pueden ejercitarla sus herederos. Así, la acción es transmisible: ningún precepto dispone lo contrario, pero si el donante no la quiso ejercitar, no pueden tampoco hacerlo sus herederos.

La jurisprudencia, examinada atentamente, proclama la intransmisibilidad de la acción pero advierte que si el donante no pudo ejercitar la acción, sí pueden hacerlo sus herederos: sentencia de 3 de diciembre de 1928, en que la transmisión no se rechaza si el donante no hubiese podido ejercitar la acción; la de 6 de febrero de 1954, que dice que no es transmisible a los herederos del donante que pudo ejercitarla en vida y no lo hizo; la de 16 de mayo de 1957 que proclama explícitamente la intransmisibilidad de la acción partiendo del supuesto de que el donante haya podido ejercitarla y no la ejercitó; la de 11 de diciembre de 1975, citando las sentencias anteriores afirma, reiterando la jurisprudencia anterior, que la acción es intransmisibile en el supuesto de que el donante habiendo podido ejercitarla, no la hubiere ejercitado.

En definitiva, la transmisión mortis causa de la acción debe admitirse, cuando conste que el donante quería revocar o que no pudo hacerlo. Este último es el caso presente. El donante falleció antes de incumplirse el modo, por lo que no pudo ejercitar la acción y sí pueden hacerlo sus herederos, como efectivamente han hecho.

Caducidad. El plazo para el ejercicio de esta acción no está determinado por el Código civil. La sentencia de 11 de marzo de 1988 parece mantener que es el

plazo de un año, aunque no lo dice como fundamento del fallo y la de 23 de noviembre de 2004 dice que “es más defendible el plazo de cuatro años”. Esta última afirma claramente que el dies a quo no es la escritura de donación, sino el conocimiento del incumplimiento del modo, lo cual es evidente, ya que en dicho momento se produce la actio nata. En todo caso, es un plazo de caducidad, como afirman las sentencias antes mencionadas.

En el caso presente no hay problema. El incumplimiento del modo no ha sido una desafectación de las fincas al fin público, sino que el incumplimiento propiamente dicho ha sido la venta a tercero, es decir, la consumación de aquella desafectación que tenía efectos administrativos puramente internos.

La venta y el ejercicio de la acción se han producido, ambos, en 1997 y, por tanto, el plazo de caducidad, tanto si se entiende que es de un año como si de cuatro, no ha transcurrido.

QUINTO. En consecuencia, asumiendo la instancia, debe estimarse la demanda, dando lugar a la revocación de la donación con la consiguiente devolución de los terrenos, resolviéndose la transmisión de los bienes a la Cooperativa, codemandada y sólo en el supuesto de que no pudiera hacerse por razones jurídicas (no puede obviarse que el modo constaba en el Registro de la Propiedad a efectos de tercero hipotecario) se devolvería el valor de los terrenos.

En cuanto a las costas, se aplicarán los artículos 523 y 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

1.º **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR** la Procuradora D.ª F. T. H., en nombre y representación de D. G. y en su nombre y en interés de la comunidad de herederos de su padre D. P. J. y de su tío D. M., contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en fecha 11 de noviembre de 2000, que **CASAMOS y ANULAMOS.**

2.º En su lugar, estimamos las demandas formuladas por la representación del mencionado recurrente y en interés de la comunidad hereditaria y, en consecuencia declaramos:

- 1.º La revocación de la donación de fecha 5 de marzo de 1937 referida en autos.
- 2.º La resolución de la transmisión de parte de finca objeto de la donación a favor de la Cooperativa codemandada.
- 3.º La restitución de la finca a la comunidad hereditaria demandante y recurrente.
- 4.º Las rectificaciones que procedan en el Registro de la Propiedad practicadas en la finca NUM000 del de La Laguna.

5.º Como subsidiario del anterior, si no es posible jurídicamente la restitución material de la finca, el valor económico de la misma al tiempo en que se haga efectivo el pago.

3.º En cuanto a las costas, se imponen las de primera instancia a las partes codemandadas. No se hace condena en costas de la segunda instancia. Tampoco en las de este recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

4.º Devuélvase el depósito a la parte recurrente.

5.º Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.— J. A. X. R.; X. O. M.; A. S. C. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.— Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. X. O. M., Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO

1. “El Supremo ordena a Defensa devolver unos terrenos donados a Franco para uso militar”. Éste es el titular de la noticia aparecida en un importante diario de tirada nacional el 14 de agosto de 2007, en la que se da cuenta de la sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2007, la resolución sobre la que versa este comentario y en la que, según el periódico, se “ordena la revocación de la donación hecha para la base militar de Hoya Fría en 1937 y la restitución de la finca —que cuenta en su totalidad con 470.000 metros cuadrados— a la familia R. L.”. Como también se relata en la noticia, y no en la sentencia, ésta lo que hace es estimar finalmente una demanda —no lo fue ni por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santa Cruz de Tenerife ni por la Audiencia Provincial— que presentan los herederos de Á. R. L., quien el 5 de marzo de 1937 donó al entonces Jefe del Estado, general Franco, dos fincas segregadas de otra mayor en Hoya Fría, cerca de Santa Cruz de Tenerife, valoradas entonces en 22.188 pesetas. El origen de la donación —y esto no lo cuenta tampoco la sentencia— parece que fue salvar la vida a un pariente del donante, R. M., militante socialista encarcelado por las autoridades militares en aquellos días de tantas tribulaciones y de ejecuciones sumarias.

Este último dato, el motivo de la donación, nos arroja de golpe y porrazo a dos escenarios, fuera del plano estrictamente jurídico –al que obviamente habremos de retornar: ésta es la *Revista Jurídica del Notariado*–. De un lado, nos conduce hasta la Guerra Civil y nos coloca delante de un episodio, seguramente habitual en aquel período, en el que se realizarán actos como éste o parecidos a éste: una donación no querida o, más bien, una donación forzada, no deseada, una contradicción en sí misma. La ausencia de *animus donandi* o una más que evidente presión sobre la autonomía de la voluntad proporcionan argumentos suficientes para que esta donación, realizada al propio Franco pocos meses después de iniciada la Guerra Civil, en el primer año de ésta, pudiese ser atacada por la existencia al menos de dos circunstancias invalidantes: vicios de la voluntad (señaladamente la intimidación, prevista junto con la violencia en los artículos 1267 y 1268 CC) y la falta de causa o directamente el carácter ilícito de ésta (artículo 1275 CC). Esta guerra, como cualquier guerra, es una situación extrema en la que el Derecho desaparece, pero en la que también reaparece, un tanto paradójicamente, de la forma en que nos lo encontramos en estos hechos: dando carta de identidad o siendo el origen de actos cuya validez (y cuya moralidad) es más que dudosa. En definitiva, la Guerra Civil determina los hechos y especialmente el acto jurídico (la donación) de los que se ocupa esta resolución.

El segundo escenario en el que nos sitúa esta sentencia y los hechos que la desencadenan, iniciados en 1937 y finalizados en el período que va desde 1997 a 2007, propiamente el proceso que desemboca en la sentencia del Tribunal Supremo –un proceso de nada más y nada menos que diez años– nos ubican en el llamado “movimiento para la recuperación de la memoria histórica”. Éste, del que es obvio que sólo nos interesan sus implicaciones estrictamente jurídicas, ha vivido un impulso notable desde 2004 a finales de 2007, es decir, coincidiendo con la primera legislatura presidida por Rodríguez Zapatero, que hizo precisamente de esta cuestión una de las estrellas de dicha legislatura. Fruto de ello ha sido la promulgación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura (BOE núm. 210, de 27 de diciembre), Ley conocida como “de la memoria histórica”. La aprobación de ésta casi de tapadillo, en una legislatura ya prácticamente agotada, marcaría cierto decaimiento oficial de este afán por la memoria, que tiene, y esto sí nos interesa, algún tipo de repercusión jurídica (en este sentido, sobre algunas de las repercusiones jurídicas de la Ley 52/2007, véanse algunos de los trabajos incluidos en MARTÍN PALLÍN, J. A. y ESCUDERO ALDAY, R.: *Derecho y memoria histórica*, Madrid, 2008;

también hay que reconocer que el Gobierno finalmente parece haberse aplicado y ha comenzado recientemente el desarrollo reglamentario de la Ley; así, debe contemplarse la Orden Pre/3189/2008, de 31 de octubre de 2008, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 31 de octubre de 2008, por el que se toma conocimiento de las medidas de desarrollo de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura, a adoptar por los Ministerios de Justicia y Presidencia [BOE núm. 269, de 7 de noviembre] –un auténtico programa de actuaciones a este respecto– y el Real Decreto 1803/2008, de 3 de noviembre, por el que se regulan las condiciones y el procedimiento para el abono de las indemnizaciones reconocidas en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, a favor de personas fallecidas o con lesiones incapacitantes por su actividad en defensa de la Democracia [BOE núm. 276, de 15 de noviembre]). Una resolución como la que comentamos pone de manifiesto la comisión de una injusticia en 1937, de una injusticia además bastante duradera, sostenida en el tiempo –en este caso hasta 2007–. Independientemente de la promulgación de la Ley 52/2007, esta injusticia ha podido ser reparada, concitando para ello la mera técnica jurídica mediante el funcionamiento del régimen propio de un instituto, la donación, de una modalidad de ésta, la donación modal, y de una de las formas de ineficacia o extinción previstas para ésta como es la revocación. Algo, hay que pensar, que es muy difícil que pudiese lograr la propia Ley de memoria histórica, que en muchos casos no pasa de reparaciones y reconocimientos meramente simbólicos (eso no significa que la propia Ley 52/2007 no prevea algunos derechos económicos [cfr. artículos 5 a 10], si bien en la mayoría de los supuestos son una mejora de derechos ya recogidos previamente en nuestro ordenamiento; sobre estos aspectos de la Ley, véase BAYLOS GRAU, A.: “Derechos históricos e indemnizaciones derivados de la memoria histórica”, en MARTÍN PALLÍN, J. A. y ESCUDERO ALDAY, R.: *Derecho y memoria histórica*, cit., pp. 185 a 208).

En este comentario nos centraremos en dos cuestiones básicamente. De un lado, la calificación de la donación realizada en marzo de 1937 como donación modal o como donación pura y simple. De su consideración como una u otra, cuestión de la que, como veremos, se han ocupado con cierta amplitud la doctrina y la jurisprudencia, depende que sea posible su revocación o no y, por tanto, la recuperación, en este caso, de las fincas donadas por parte de los causahabientes del donante. De otro lado, se abordará con brevedad (de apunte) el ejercicio de la acción de revocación *ex* artículo 647 CC, centrándonos básicamente en dos aspectos: primero, la transmisibilidad de la acción más allá del donante, lo que equivale

a reconocerle o no a dicha acción un carácter personalísimo (e intransmisible); y segundo, el plazo de ejercicio de la acción, tanto su consideración como plazo de caducidad o de prescripción y la duración del mismo.

2. Como acabamos de señalar, la principal cuestión debatida en esta sentencia es si la donación realizada, mediante escritura pública, el 5 de marzo de 1937, por el causante de los demandantes –y luego recurrentes en casación– al entonces Jefe del Estado, Francisco Franco, representado por el Comandante Militar de las Islas Canarias, puede calificarse como donación pura o simple o bien como donación modal. La donación tenía por objeto dos porciones de terreno, provenientes de la segregación de una finca mayor propiedad del donante, sin incluir una charca o estanque construido dentro de una de éstas. En la donación, y esto es muy importante, se hacía constar que se realizaba para ser destinados dichos terrenos “a los fines o servicios del Estado”, concretamente para un campamento y campo de instrucción y tiro. Esta circunstancia de la donación, determinante como veremos para su calificación, se hace constar en la inscripción en el Registro de la Propiedad que se produjo ya en 1971, señalando que el objeto de aquélla era destinar los terrenos donados al Ramo de Guerra y concretamente para campamento y campo de instrucción y tiro. El hecho de que en 1997 se procediese por el Ministerio de Defensa a la venta de las fincas a una cooperativa de viviendas motivó las demandas –luego acumuladas– de los causahabientes del donante por entender que con esta venta se incumplía flagrantemente la carga impuesta al donatario, por lo que procedía la revocación de la donación, tal y como previene el artículo 647.1 CC. Frente a ello, los demandados sostienen el carácter simple o puro de la donación, única vía que les permite mantener el principio de irrevocabilidad de las donaciones. Los demandados obtienen el respaldo a su posición por parte del Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial. La cuestión central, por tanto, es la calificación de esta donación y a ello dedica la sentencia los Fundamentos de Derecho segundo y tercero, en los que se da finalmente la razón a los recurrentes, por lo que se procede a la casación de la sentencia de la Audiencia Provincial.

La llamada donación modal y especialmente su distinción respecto de las donaciones simples (pero también de las onerosas, de las remuneratorias y de las condicionales) ha sido objeto de atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia. La explicación de esta atención hay que ponerla en el hecho de que este tipo de cesiones de bienes, donaciones en las que el donante decide y determina el fin o cometido que deben cumplir los bienes donados, donaciones como la que se realiza en esta sentencia –más allá de sus peculiaridades históricas–, han sido habituales y lo

son aún en nuestro tráfico jurídico-económico. A esta habitualidad debe añadirse el hecho de que la regulación de este tipo de donaciones dista mucho de ser clara. En definitiva, un terreno abonado para el conflicto y las elucubraciones doctrinales. En efecto, la donación modal aparece prevista junto con la donación remuneratoria en el artículo 619 CC: “Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado”. En este último inciso, en la donación en la que se impone al donatario un gravamen de valor inferior a lo donado, es donde habría que incluir o localizar la donación modal. Esta referencia general hay que completarla con el artículo 622 CC, que dispone el régimen aplicable a ambos tipos de donación: “Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto”. Es evidente que el codificador opta por no referirse a las donaciones modales como tales, sino que las identifica como donaciones onerosas o con causa onerosa y se vale del término gravamen. Esto, hay que decirlo, es bastante habitual en el CC, en el que el legislador tiene bastante aversión al término “modo”, una actitud que sólo parcialmente ha transmitido a la jurisprudencia más proclive al uso del mismo. Sea como fuere, resulta obvio que la no mención directa de las donaciones modales no niega por supuesto su existencia y explicaría en parte que incluso el Tribunal Supremo haya sufrido cierta confusión entre la donación modal y la donación remuneratoria y especialmente entre la donación modal y la donación onerosa. Quizá lo más evidente es que esta última constituiría una especie de categoría general de la que aquélla, la modal, formaría parte (en este sentido, un estudioso de la materia, como DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 80, señala que “en sentido amplio, donaciones onerosas serán todas aquellas que imponen al donatario una contraprestación o una carga y, en sentido estricto sólo las primeras, pues las otras se califican de modales, como aquellas en que el modo se haya casualizado, según la expresión de R. M. ROCA SASTRE”; a este respecto, véase también FERNÁNDEZ ARROYO, M.: “Observaciones en torno a la revocación de la donación modal”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo II. Derecho civil. Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2003, pp. 1803 a 1809, autora que realiza un esfuerzo notable para diferenciar ambas donaciones, la onerosa y la modal, distinción teñida de confusión, en gran parte por el hecho de hacer un seguimiento de la letra del artículo 619 CC, y que en cierto modo ha alcanzado también a la jurisprudencia: véase SSTs de 11 de marzo de

1988 [RJ 1988, 1960], 16 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10499] y 28 de junio 1997 [RJ 1997, 5809]).

De todo ello da cuenta la propia sentencia en el Fundamento de Derecho segundo, centrándose sobre todo en describir la diversidad que puede darse a la hora de configurar el contenido del modo. Así, como se señala, el modo puede consistir en “cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente”, puede ser también “un motivo, finalidad, deseo o recomendación” o “el cumplimiento de una obligación como determinación accesorio de la voluntad del donante”. O, incluso, y sería el supuesto que se identifica en esta sentencia, el objeto del modo puede consistir en que “el donante impone el destino de la cosa donada”. En el Fundamento de Derecho tercero se proyecta esta construcción teórica en el supuesto en cuestión. En este sentido, reitera que se trata de una clara donación modal. Concretamente, se señala que la donación se hace al Estado, no al patrimonio personal del Jefe del mismo, lo que no se ha discutido en ningún momento, y que su objeto son unas tierras destinadas a los fines o servicios del Estado, lo que se concreta en su asignación al “Ramo de Guerra”, el actual Ministerio de Defensa, y que han de ser utilizados como Campamento y Campo de instrucción y de tiro. Todo ello, se concluye en este Fundamento de Derecho tercero, es la determinación de la destinación, que ha establecido el donante y ha aceptado el donatario, del objeto de la donación, lo cual tiene la naturaleza jurídica de un modo: “Consecuencia de ello, es que la voluntad de los contratantes –donante y donatario– y la naturaleza de la donación contiene un concreto modo: el destino de las tierras a uso militar por el Ministerio de Defensa. En ningún caso, la transmisión con ánimo de lucro de dichas tierras a una entidad para que construya como domicilios habituales o de recreo, con ánimo de lucro”.

El tono en que aparecen redactados estos dos Fundamentos –el que corresponde a una resolución judicial, por otro lado– puede resultar categórico y puede extrañar porque la cuestión, principalmente la definición y ubicación de las donaciones modales, dista de ser clara y de recibir un tratamiento unánime por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Es evidente que, ni el argumentario desarrollado previsiblemente por los demandados y recurridos en casación, ni de las sentencias de las instancias, deben haber animado a la Sala primera al desarrollo de un mayor esfuerzo argumentativo. Ello explicaría, entre otras cosas, la ausencia de referencias jurisprudenciales, que las hay más numerosas que las citadas, y la falta de argumentos manejados por la doctrina en torno a este tipo de donaciones, que los hay también y no son despreciables.

Quizá en esta endeblez argumentativa de la sentencia influya además de esta claridad de la cuestión el que la misma se sitúe en el espinoso terri-

torio de las donaciones modales. Y es que resulta evidente que las dificultades para éstas vienen determinadas por su propia configuración y tratamiento en el ámbito de las donaciones. Ya hemos dicho que el CC no se refiere expresamente a ellas ni tampoco al elemento que las caracteriza, aunque sea de forma accesorio, como es el modo. Es en torno a la caracterización de este modo y sobre todo a si puede tratarse de un modo determinante del propio negocio, un modo *causalizado*, como señalan algunos autores, en lo que se ha empeñado principalmente la doctrina, además de diferenciarlas de las donaciones con las que puede tener más relación, las remuneratorias y, sobre todo, las onerosas y las condicionales (por supuesto, en ninguna de estas categorías encajaría la donación presente en este supuesto). Para una definición o concepto descriptivo de donación modal podemos servirnos de un autor ya clásico en la materia, TORRALBA SORIANO (TORRALBA SORIANO, O. V.: *El modo en el Derecho civil*, Madrid, 1967, p. 251), para quien sería aquella donación “en la que el donante, guiado por su espíritu de liberalidad o impulsado también por algún especial motivo, se empobrece a favor del donatario, al que impone una carga u obligación de dar a lo recibido determinada aplicación o de destinarlo a algún fin u objeto sin que en ningún caso esos gravámenes, de valor inferior al del objeto de la donación, tengan el carácter de prestaciones equivalentes”.

Más allá de consideraciones evidentes –poco ánimo de liberalidad hay que reconocerle a un donante compelido a actuar como tal, constreñido a donar contra su voluntad–, es indiscutible que el supuesto que nos ocupa, fríamente analizado, encajaría en esta descripción. Aunque esas circunstancias *reales* explicarían el que no haya que entrar en muchas de las disquisiciones técnico-jurídicas que aparecen con ocasión de las donaciones sub modo. Principalmente, éstas se centran en calibrar el grado de implicación del modo en el contenido del negocio en cuestión, es decir, si se trata de un modo determinante o causalizado, como se ha dicho, o si se trata de un elemento accesorio, conectado obviamente con el negocio pero no determinante para su realización. Si trasladamos este planteamiento, de evidente trascendencia, entre otras cosas para las situaciones de incumplimiento del modo y sus remedios, al supuesto de la sentencia, ello equivale a preguntarse en qué medida influyó sobre el donante de los terrenos el que éstos se destinasen al “Ramo de Guerra” y específicamente a “Campamento y Campo de adiestramiento y tiro”, es decir, si era éste el motivo que le movió a realizar la donación o era simplemente algo que accesoriamente acompañaba a ésta. La cuestión ha sido analizada por algunos autores, de los que quizá la conclusión más interesante sea, nos parece, la de entender que si bien no se trata de un elemento perteneciente al núcleo esencial del negocio, sí es un elemento accesorio, que no acci-

dental, del mismo. Esto quiere decir, como señala DOMÍNGUEZ RODRIGO (DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M.^a: “La revocación de donación modal”, ADC, 1983, p. 72), que hay que “causalizar” de alguna manera el modo y entenderlo como accesorio, única forma de explicar que su incumplimiento tenga virtualidad revocatoria de la donación a la que acompaña de manera tan determinante (DOMÍNGUEZ RODRIGO: “La revocación de donación modal”, cit., p. 76: “Hemos visto cómo el modo se configura más bien como causa final instrumentalizadora de la eficiente, la liberalidad, y en este sentido, no tiene tanta trascendencia el que el motivo que lo inspira sea determinante cuanto los hechos jurídicos en que aquél plasma lo sean, de la permanencia o no del acto de liberalidad. Jugando así tales hechos jurídicos, afectada la base del negocio, despierta la virtualidad que a la donación modal confiere el artículo 647-1 CC. El modo, en efecto, erigido en base del negocio, determina un correlativo enriquecimiento-empobrecimiento, operando como título legitimador del mismo, del cumplimiento de cargas –que lo legaliza– y del destino fiduciariamente encomendado –que lo justifica”). Frente a esta postura, otros autores parecen optar por la consideración del modo como un elemento esencial integrante de la causa del negocio (entre otros, véase FERNÁNDEZ ARROYO: “Observaciones en torno a la revocación de la donación modal”, cit., pp. 1807 y 1808; apoyo en la sentencia de 12 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2232]).

La jurisprudencia, por otro lado, aunque vacilante, es enriquecedora por la casuística, muy variada, que nos suministra y especialmente por aportarnos la perspectiva de otras posibles soluciones ante el incumplimiento del modo, de la carga o gravamen que se impone. La existencia de casos similares, de donaciones o disposiciones *mortis causa* modales –principalmente legados: un ejemplo de éstos puede contemplarse en la STS de 21 de enero de 2003 (RJ 2003, 604), objeto de nuestro comentario: HORNERO MÉNDEZ, C.: “Interpretación del testamento: legado modal o disposición testamentaria sujeta a condición. Comentario a la Sentencia del TS de 21 de enero de 2003 (RJ 2003, 604)”, Rdp, año 2004-1, número 12, pp. 355-365–, puede constatararse a través de algunas conocidas resoluciones del Tribunal Supremo. Entre las más destacadas, se encontraría la STS de 11 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1960), ya señalada por su empeño en diferenciar las donaciones onerosas de las modales, en la que se producía la donación –calificada entre estas últimas– por parte de un marqués de unos terrenos para destinarlos a la construcción de unos edificios en los que debían recibir educación correccional “jóvenes viciosos”. En esta sentencia, a partir de la calificación modal de la donación, se entiende que se habría incurrido en incumplimiento del destino o fin impuesto con ésta, suficiente para justificar el ejercicio de la acción revocatoria, si bien ésta no prospera como consecuencia de su ejercicio extemporáneo (sobre esta re-

solución, véase CARRASCO PEREA, A.: "Comentario STS 11 marzo 1983", CCJC núm. 18, 1988, pp. 979-982). Igualmente, unos hechos muy similares –la donación de un edificio a un ayuntamiento para usarlo como alojamiento de un grupo escolar– se encuentran en el origen de la STS de 12 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8868) (sobre ésta, véase AMAT LLARI, E.: "Comentario STS 12 noviembre 1990", CCJC núm. 22, 1990, pp. 71-78) o en el de la STS de 16 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10499) –en la que el bien donado debía destinarse a la construcción de una casa-cuartel de la Guardia Civil–, sentencia esta última que recoge un supuesto en el que, sin embargo, no puede hacerse operativa la revocación, al hacerse constar en la donación que la misma que se realizaba irrevocablemente, lo que es interpretado por el Tribunal Supremo como una clara renuncia a la acción revocatoria (sobre la misma, véase FERNÁNDEZ ARROYO: "Observaciones en torno a la revocación de la donación modal", cit., p. 1804; también DE LOS MOZOS: *La donación*, cit., pp. 99 y 100). Finalmente, resulta muy conocida la STS de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2232), dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en la que se reconoce la existencia de una donación modal en la cesión de un inmueble para construir una escuela y la casa de una maestra.

Algunas de estas resoluciones demuestran que se trata de supuestos sometidos a la creatividad del disponente, en este caso del donante, no sólo por lo que se refiere al contenido del fin o del destino que establece que debe ser cumplido por el donatario, sino en lo referente a las previsiones que se prevén para el caso de incumplimiento. En este sentido, son destacables las donaciones modales que contienen una cláusula o pacto de reversión a favor del donante o de sus causahabientes. Este mecanismo, alternativo a la revocación *ex* artículo 647 CC y que puede cumplir la misma finalidad que ésta, la restitución de lo donado o de su equivalente, es el que se pone en funcionamiento en la STS de 13 de julio de 1989 (RJ 1989, 5607), dictada para resolver el conflicto planteado en torno a la cesión gratuita por parte de un ayuntamiento de un solar a la Delegación Nacional de Sindicatos de FET y de las JONS, calificada como donación con cláusula de reversión, o antes en la STS de 26 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4340).

En todo caso, la sensación que queda tras la lectura de la sentencia que comentamos es que poco o nada de esta elaboración técnico-jurídica (la de la donación modal) se requiere en esta sentencia. Con ello no se trata de justificar la ya señalada poca o escasa elaboración de los dos Fundamentos de Derecho en los que la cuestión debatida principalmente se decide. La causa de un razonamiento y una conclusión tan esquemáticos no puede ser más que la evidencia de que la donación discutida es modal y no simple, por mucho que ni el Juzgado de Primera Instancia

ni la Audiencia Provincial lo viesen así cuando les tocó pronunciarse. Pero probablemente la razón por la que ni los demandantes ni los demandados debieron recurrir a una elaboración más sofisticada es porque seguramente todos ellos, y también el alto tribunal que finalmente ha de decidir, han llegado en algún momento al convencimiento de que ésta era la mejor manera de dar la razón a quienes son herederos de aquél que más que un generoso donante, provisto de un gracioso ánimo de liberalidad, fue alguien que sufrió directamente una incautación. Sólo así, hasta como un exabrupto, puede comprenderse el párrafo final del Fundamento de Derecho tercero, un tanto *deslocalizado* en cuanto a la línea argumentativa de la resolución, pero toda una indicación de por dónde hay que entender los hechos que se discuten en la misma y la decisión que sobre los mismos se adopta finalmente: “Aunque el caso no es el mismo, pues no se trató de donación modal sino de incautación, la sentencia de 25 de enero de 2000 (RJ 2000, 349) admite la acción reivindicatoria sobre el edificio que, habiendo sido incautado, no fue devuelto a sus legítimos propietarios que lo reivindicaron tras la finalización de la guerra civil” (sobre ésta, véase nuestro comentario: HORNERO MÉNDEZ, C.: “La utilidad de la jurisprudencia: guerra civil y suspensión de la prescripción. Comentario a la STS de 25 de enero de 2000 [RJ 2000, 349]”, Rdp, año 2001-2, núm. 7, pp. 299-308).

3. Una vez establecido el carácter modal de la donación y, por tanto, determinada la procedencia de la revocación prevista en el artículo 647 CC, la sentencia en su Fundamento de Derecho cuarto se ocupa ordenadamente de varias cuestiones planteadas por los recurrentes en torno al ejercicio de la acción revocatoria.

Previamente, con carácter general, respecto de la revocación prevista en el artículo 647 CC –“la donación podrá ser revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir algunas de las condiciones que aquél le impuso”– conviene hacer algunas precisiones (siguiendo principalmente a FERNÁNDEZ ARROYO: “Observaciones en torno a la revocación de la donación modal”, cit., pp. 1810 a 1815). En primer lugar, es evidente, a pesar de alguna voz discrepante, que se trata de una excepción al principio general de irrevocabilidad de las donaciones (véase CRISTÓBAL MONTES, A.: “El principio de revocabilidad de donaciones”, RGLJ, 1969, p. 737, lo considera un anacronismo; frente a ello, DE LOS MOZOS: *La donación*, cit., p. 329, o ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo VIII. Vol. 2.º Artículos 618 a 656*, Madrid, 1986, p. 374, lo consideran algo esencial a la donación). Ello justifica que haya de interpretarse restrictivamente y que no pueda aplicarse analógicamente a supuestos distintos de los previstos en

el precepto. En segundo lugar, aunque se utilice por parte del legislador el término "condición", éste ha de interpretarse en el sentido de modo, gravamen o carga, es decir, que el precepto no ha de aplicarse a donaciones condicionales, a donaciones que dependan de un hecho futuro o incierto, sino a donaciones modales (en este sentido, DE LOS MOZOS: *La donación*, cit., p. 331). En tercer lugar, una vez sentado lo anterior, tal y como sugiere FERNÁNDEZ ARROYO ("Observaciones en torno a la revocación de la donación modal", cit., pp. 1813 y 1814), el ámbito de aplicación del artículo 647 CC comprendería tanto las donaciones modales que imponen cláusulas de destino como las que imponen obligaciones al donatario y se han otorgado en consideración al cumplimiento de las mismas. En este supuesto, es claro que la donación encajaría en el primer tipo: donaciones que incorporan cláusulas de destino.

El ejercicio de la acción revocatoria, como se señalaba, presenta algunos aspectos objeto de clarificación y a veces de discusión, algunos de los cuales son objeto de análisis en el Fundamento de Derecho cuarto. En concreto, además de la incompetencia de la jurisdicción civil en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, planteada de pasada y resuelta en sentido negativo, las dos cuestiones que se abordan son la legitimación activa de los demandantes, a partir del carácter personalísimo o no de la acción revocatoria, y la duración del plazo, de caducidad o de prescripción, para el ejercicio de la acción.

Sobre la primera cuestión, el artículo 647 CC atribuye la legitimación para el ejercicio de la acción al donante. Así se establecía en el Derecho romano, si bien en el Derecho justiniano se previó una "*actio praescriptis verbis*" para que bien el donante o bien sus herederos, o incluso los beneficiarios, demandasen el cumplimiento del modo (véase DOMÍNGUEZ RODRIGO: "La revocación de donación modal", cit., pp. 85 y 86; a éste se refiere también TORRALBA: *El modo*, cit., p. 295). Posteriormente se habrían generalizado los legitimados incluyendo además de al donante, sus herederos y los beneficiarios, a las autoridades, si el modo es de interés público, supuesto interesante para el caso que nos ocupa, cuyo carácter público es fácilmente reconocible y en el que no resultaría desventurado plantearse que otra Administración Pública hubiese demandado el cumplimiento del modo (si bien ello resultaría un tanto ilógico, desde un punto de vista, digamos, funcional). En nuestro caso, ha sido la jurisprudencia la que ha ido delineando una posición respecto de la cuestión. Frente al planteamiento de la intransmisibilidad, sostenido en varias resoluciones (SsTS de 4 de marzo de 1872, 3 de diciembre de 1928 ó 6 de febrero de 1954 [RJ 1954, 689]), a finales de los años cincuenta, en la STS de 16 de mayo de 1957 (RJ 1957, 1971), se produce un cambio de doctrina favorable al carácter transmisible de la acción, siempre que el donante hubiese

querido ejercitarla y no hubiera podido hacerlo. Este es el criterio que se reiterará en la STS de 11 de diciembre de 1975 (RJ 1975, 4364). De todas ellas se da buena cuenta en el Fundamento de Derecho cuarto, para concluir que en este caso procede la transmisibilidad y el ejercicio de la acción por parte de los causahabientes: “En definitiva, la transmisión *mortis causa* de la acción debe admitirse, cuando conste que el donante quería revocar o que no pudo hacerlo. Este último es el caso presente. El donante falleció antes de incumplirse el modo, por lo que no pudo ejercitar la acción y sí pueden hacerlo sus herederos, como efectivamente han hecho”. Se trata, por tanto, de una transmisibilidad con cierto criterio y con restricciones razonables, cifradas en el cumplimiento de determinados requisitos o condiciones. Nada que objetar, en todo caso, a este carácter transmisible *mortis causa* en este supuesto de la acción revocatoria desde el punto de vista de la regla general de la transmisibilidad de los derechos de naturaleza patrimonial que rige, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 11.^a edición, Madrid, 2003, p. 461), en el Derecho moderno. En su opinión, dicha regla se encuentra consagrada en el artículo 609 CC y en el artículo 1112 CC, preceptos que sustentan el carácter transmisible de estos derechos, frente a los derechos de la personalidad y los derechos de familia, intransmisibles por naturaleza, y aquellos otros que lo sean por disposición legal o disposición negocial.

Finalmente, la segunda cuestión abordada, bajo el epígrafe “Caducidad”, es la del plazo en el que puede ejercitarse la acción de revocación. El silencio del CC a este respecto ha dado pie a que la doctrina y la jurisprudencia enfrenten la cuestión, llegando a soluciones diversas. Aparte de algún autor que minoritariamente ha considerado que la acción es imprescriptible (véase AMAT LLARI, “Comentario STS 12-11-1990”, cit., p. 77), las posturas principales se inclinan por entender que se trata de un plazo de caducidad de un año, por aplicación analógica del previsto para la revocación por ingratitud del donatario, o bien de cuatro años, que es el plazo defendido por la mayoría de la doctrina (véase FERNÁNDEZ ARROYO: “Observaciones en torno a la revocación de la donación modal”, cit., pp. 1820 y 1821) y el que mejor se aviene, en nuestra opinión, a la finalidad de esta acción.

Lo que no ofrece dudas es que se trata de un plazo de caducidad y nunca de prescripción. En apoyo de esta conclusión pueden citarse dos argumentos de (verdadera) autoridad doctrinal. De un lado, el maestro DE CASTRO (*Temas de Derecho civil*, reimpresión 1976, edición 1972, Madrid, pp. 178 y 179), al que hay que reconocerle el mérito de intentar responder a la preocupación de la doctrina por encontrar un criterio con el

que determinar en qué supuestos ha de aplicarse la caducidad y en cuáles la prescripción. Desechados por poco concluyentes algunos de los criterios tradicionales, DE CASTRO, como es conocido, parte, para establecer cuáles son los derechos caducables, del que considera “único punto de partida firme”: el Código Civil. De este modo, señala entre dichos derechos tres categorías, y así junto a (1) las facultades, acciones y derechos que afecten al estado civil de las personas y (3) las facultades que han adquirido la condición de derechos secundarios (como los retractos o el llamado derecho de retorno), se refiere expresamente a (2) “Las facultades o acciones individualizadas que sin tener la consideración de verdadero derecho subjetivo, otorgan un poder para modificar una relación negocial; como las acciones para pedir la anulación, revocación y rescisión de un negocio jurídico (por ejemplo, supuestos de los artículos 646, 652, 762, 1076, 1299, 1301)” (en el mismo sentido, véase LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS: *Elementos de Derecho civil I. Parte General. Volumen tercero. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, 3.ª edición, Madrid, 2005, pp. 353 y 354).

El otro argumento vendría de la mano de DíEZ-PICAZO (*La prescripción extintiva en el Código Civil en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2.ª edición, Madrid, 2007, pp. 79 y 80) y sería, por decirlo de algún modo, menos positivista y más ideológico o de principios. En opinión de DíEZ-PICAZO, lo que debe valorarse a la hora de diferenciar las dos instituciones, caducidad y prescripción, son tanto las finalidades perseguidas por el legislador como los intereses que éste pretende proteger jurídicamente. Ello le lleva a concluir que en la segunda, en la prescripción, se protege sobre todo el concreto interés particular del sujeto pasivo de un derecho o pretensión –consistente, añade, “en no verse expuesto a reclamaciones antiguas, de las que puede haberse perdido razonablemente la memoria, porque el silencio ha creado una situación objetiva, de manera que todo ello torna inadmisibile el ejercicio intempestivo y se protege al sujeto pasivo concediéndole la facultad de impedir tal ejercicio por medio de una excepción”–, mientras que en la caducidad la protección es más de los intereses generales, manifestados sobre todo en obtener “una pronta certidumbre” para determinadas situaciones jurídicas. La revocación o no de una donación es algo que afecta directamente a una situación jurídica, creada obviamente a partir del desplazamiento patrimonial que la donación supone, en la que, como señala DíEZ-PICAZO con carácter general, pueden verse afectados, además de los intereses de los sujetos de la relación jurídica en cuestión, intereses de terceros, intereses del tráfico e intereses de la propia organización de la justicia, lo que justifica claramente que se trate de un plazo de caducidad y no de prescripción. Esta conclusión es perfectamente trasladable, pensamos, al supuesto debatido en esta sentencia.

4. Agosto de 2007, como todos los agostos de todos los veranos, fue un mes de pocas noticias. Quizá ello explique la atención dedicada por un importante periódico nacional a un hecho de estas características, que no pasa de tener seguramente cierta trascendencia local. Pero sería injusto atribuir a la falta de noticias el motivo de que ésta figure en este medio tan importante. No haría justicia ni a la propia sentencia ni por supuesto a este periódico, siempre atento a estas cuestiones, las de la memoria histórica, en los últimos tiempos (se trata, como algunos habrán adivinado, del diario *El País*). Precisamente por ello, no sería justo reducir todo a pensar que se trata sólo de la revocación de una donación modal. Ello ocultaría que se trata más bien de arreglar una injusticia, una verdadera incautación cometida hace más de setenta años. Esta sentencia nos debe llevar a pensar que los caminos para reparar las injusticias del pasado, especialmente las de ese pasado, son variados y diversos, sobre todo por lo que se refiere a su eficacia. Más allá de la preocupación política del legislador de turno –en este caso, dicha preocupación se ha traducido en la ya señalada Ley 52/2007, de 26 de diciembre; para una consideración de este tipo de políticas, acompañadas a veces de medidas legislativas, véase el trabajo *definitivo* de quizá la mejor experta española en la materia: AGUILAR FERNÁNDEZ, P.: *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid, 2008–, el Derecho siempre está ahí, en este caso el Derecho privado, para resolver injusticias –aunque no tiene por qué ser éste su principal cometido–, valiéndose de mecanismos tan sencillos como los que aquí se han puesto en funcionamiento: fundamentalmente el ejercicio de la acción revocatoria prevista en el artículo 647 CC. Eso sí: un mecanismo sencillo pero puesto en funcionamiento con mucho esfuerzo y empleando un tiempo que puede parecer excesivo, y todo ello hecho seguramente, lo más importante, *sin llamar la atención*, si no hubiese coincidido esta STS con un agosto, una vez más, falto de noticias.

ACTUALIDAD JURÍDICA

“La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo”, Germán de Castro Vítóres, Editorial Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, 2009, un volumen de 209 páginas.

La monografía cuyos datos encabezan estas líneas se enfrenta a los siempre vivos problemas ocasionados por las cláusulas penales, y lo hace desde el nuevo enfoque que presta la armonización, ya que no unificación, del Derecho europeo de los contratos. Se trata de una investigación profunda y documentada en la que, como es lógico, se parte de la comparación entre ordenamientos nacionales, para aproximarse también a la comparación entre diversos intentos armonizadores.

De este modo se añade, pues, al interés propio de la cláusula penal en sí misma, la carga adicional de interés que supone el método comparativo en una materia muy concreta que, además, está muy próxima a aquellos puntos más sensibles de la libertad de contratación que no resultan fáciles de atemperar a las exigencias de la justicia conmutativa, dando lugar a una rica problemática que comparten en buena medida todos los ordenamientos jurídicos que el autor pone bajo su lente.

El punto de partida, si no obligado, sí más conveniente entre nosotros para afrontar semejante tarea investigadora, es sin duda el régimen de la cláusula penal en el Código Civil español, cuyas líneas maestras se esbozan concisa y precisamente. A continuación el autor estudia el tratamiento de la cláusula penal en el llamado “Proyecto de Pavía” de unificación del Derecho europeo de los contratos, porque constituye un muy logrado intento armonizador de las tendencias divergentes presentes en esta materia en los ordenamientos europeos, que sirve ya, en el estudio que nos ocupa, para introducir al lector en las soluciones que el Derecho comparado presenta al concreto problema de la revisión judicial de las cláusulas penales excesivamente onerosas.

Los ordenamientos jurídicos que se emplean para tal análisis comparativo son –por este orden– el Derecho alemán, el *common law* británico, el Derecho francés, el Derecho italiano y el Derecho portugués, que junto con el Derecho español, están muy bien representados entre los juristas que participaron en la redacción del “Proyecto de Pavía”, lo que constituye una elección muy razonable, en la que se reflejan adecuadamente las doctrinas en

torno a la cuestión de la revisabilidad de las penas convencionales excesivas, y en la que se muestra la tendencia al establecimiento de criterios interpretativos específicos para la contratación en masa, que aparece también en otros intentos armonizadores como los Principios de UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo, así como en el llamado "Marco común de referencia".

La comparación de los resultados de la evolución de otros ordenamientos y de los resultados de los intentos armonizadores con el Derecho español, arroja, a juicio del autor, una coincidencia en lo sustancial, con la única pero importante excepción de la ausencia en nuestro Derecho de una previsión general de revisabilidad de las penas convencionales excesivas, que constituye el objeto en el que se centra la segunda parte de la monografía, en la que se profundiza en las posiciones doctrinales en torno al artículo 1154 del Código Civil y la revisión de las penas convencionales excesivas, así como en la abundantísima jurisprudencia recaída en torno al citado precepto, que en ocasiones supera la falta de previsión legal de revisabilidad fuera de los casos de incumplimiento parcial.

La tensión entre las opiniones doctrinales críticas hacia el ejercicio desmesurado de la facultad moderadora que el artículo 1154 del Código Civil atribuye a los jueces, y una línea jurisprudencial que en ocasiones franquea los límites de esa facultad constituye el objeto de estudio principal de la segunda parte, que se completa con el examen de la propia naturaleza como norma del citado precepto, y con el estudio de algún supuesto especial como lo es el caso de la pena de cuantía inferior al daño, para terminar en un apartado conclusivo acerca de la posición de nuestro ordenamiento en el contexto europeo, en el que el autor se muestra partidario *de lege ferenda* de la introducción de la facultad revisora de las penas excesivas con carácter general, en lo que parece ser el punto de convergencia de una larga y atormentada evolución.

Por último, la tercera parte de la monografía aborda la cuestión en el ámbito de la contratación a través de condiciones generales y en los contratos por adhesión, aspecto éste de orígenes más recientes y en el cual la armonización de los derechos europeos es una realidad a través de Directivas de la Unión Europea incorporadas a los ordenamientos de los Estados miembros e incluso, en algunos de ellos, mediante la modificación de sus códigos civiles.

El método empleado por el autor es en consecuencia algo diferente al utilizado en las otras partes de la obra, con menor recurso a las experiencias no españolas, y comienza por el estudio del concepto de cláusulas abusivas, y procedimientos de control de las mismas, para centrarse especialmente en el pacto de intereses moratorios excesivos como supuesto más frecuente de pena convencional introducida en condiciones generales, para terminar de nuevo con un muy completo examen de la aplicación jurisprudencial de estas figuras y sus consecuencias de anulación parcial y moderación, incluso de oficio, en el que se acude especialmente a la llamada jurisprudencia menor.

En suma, estamos ante una monografía de elevado interés y no menor complejidad, de la que se extraen muy útiles observaciones teóricas y prácticas, e incluso de política legislativa, sobre figuras ampliamente presentes en la contratación en sus antiguas y en sus nuevas modalidades, que la convierten en una aportación muy recomendable a los iusprivatistas.

José María de la Cuesta Sáenz

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Burgos

“A Constitution of Many Minds”, Cass R. Sunstein. Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2009, 225 páginas.

Autor sagaz y prolífico, casi compulsivo, Cass R. SUNSTEIN es uno de los juristas más reconocido en los Estados Unidos. Su variedad temática, su agudeza intelectual y su ágil pluma lo han convertido en un referente del pensamiento americano. No sorprende por ello que la Facultad de Derecho de Harvard lo haya contratado recientemente para ocupar su prestigiosa cátedra en memoria del jurista Felix FRANKFURTER, ni que la Universidad de Chicago haya puesto todos los medios para que continúe enseñando en ella, siquiera como profesor visitante. En este momento, a SUNSTEIN se lo rifan en América. Y no sólo en la academia. También los políticos andan tras de él, sobre todo desde que en 1998 saltó a la arena oponiéndose tenazmente al *impeachment* de Clinton. En las múltiples listas que circulan por pasillos de Washington DC, SUNSTEIN aparece con frecuencia como posible candidato a magistrado del Tribunal Supremo. Amigo personal de Obama, desde que coincidió con él, por tres lustros, en el claustro de la Facultad de Derecho de Chicago.

Su último libro, a menos de un año de diferencia con el anterior, acaba de ser publicado por Princeton University Press bajo el título *A Constitution of Many Minds*. Las poco más de doscientas páginas que lo componen darán mucho que hablar en los próximos meses. Y mucho que pensar. Se puede estar o no de acuerdo con SUNSTEIN, yo no lo estoy personalmente con muchas de sus opiniones, e incluso con algunas de sus actuaciones, pero su argumentación es siempre inteligente y conduce a la reflexión crítica.

En esa nueva obra, SUNSTEIN propone un nuevo camino para interpretar la Constitución de los Estados Unidos. Con él pretende combinar el respeto a los documentos fundacionales con el natural desarrollo social, evitando que la Constitución se petrifique y pierda así la rica aportación de las diferentes generaciones. SUNSTEIN intenta vivificar el apasionante debate protagonizado por James MADISON y Thomas JEFFERSON, sin duda de gran interés para los españoles, ahora que tanto se habla de una posible reforma constitucional.

Podría parecer, a primera vista, que la opinión de MADISON de que los cambios constitucionales “había que reservarlos para las grandes y extraordinarias ocasiones” ha sido finalmente la vencedora, ya que el texto americano continúa vigente después de siglos, a pesar de la intensa historia de la nación americana. Pero un análisis más profundo permite observar que se trata

de una victoria poco realista. No le faltaba razón a JEFFERSON cuando insistía en que “los muertos no tienen derechos”, en el sentido de que las generaciones pasadas no podían condicionar las presentes. En efecto, la Constitución de los Estados Unidos, en 2009, no es, de facto, la de 1787, aunque el texto básico continúe en vigor. Los llamados “momentos constitucionales”, conforme a la terminología de Bruce ACKERMAN, muy particularmente con Abraham LINCOLN y Franklin D. ROOSEVELT, la han modificado, no sólo con enmiendas, sino haciendo de ella algo mucho más relevante que un mero documento escrito. Cada generación enriquece la propia Constitución asumiendo nuevos compromisos sociales con ella, que modulan y articulan la historia de los pueblos, en nuestro caso el estadounidense.

Cass SUNSTEIN parte de la idea de que la interpretación de la Constitución no permite definir cuál sea el método más acertado de acercarse a ella entre los muchos razonables que existen (p. 14). El originalismo de Antonin SCALIA sería uno de ellos, pero no el único. Cada método de interpretación debe ser defendido como válido y asumir las consecuencias que de él se derivan. Así, frente al originalismo, él considera que hay otros tres métodos posibles: uno consuetudinario o tradicionalista (*tradicionalism*), que interpreta la Constitución en el sentido de las prácticas sociales y valores fundacionales, pero no necesariamente coincidente con la generación de los *founding fathers*, como postula el originalismo de SCALIA. Un segundo modo más popular (*populism*), que defiende que los jueces deben respetar la opinión pública actual en la elaboración de sus sentencias, de suerte que la Constitución sea cosa del pueblo en su genuino sentido democrático. Por último, un modo cosmopolita (*cosmopolitanism*), poco arraigado todavía en los Estados Unidos, que se apoya en la jurisprudencia comparada como forma de interpretación de la Constitución americana, como de hecho ha sucedido recientemente.

SUNSTEIN defiende una postura ecléctica, incluyente, de síntesis, abierta, que aúna los tres métodos de interpretar la norma fundamental, pues todos ellos son legítimos, y apuesta por un proceso de adopción de decisiones que estimule la diversidad de puntos de vista, por ser en sí misma mucho más beneficiosa: “Ours is a constitution of many minds”, señala Cass SUNSTEIN con acierto (p. 3). De hecho, aunque la forma de argumentación sea diferente en cada uno de los tres métodos, la estructura de la argumentación es idéntica. Pienso que ésta es la mejor crítica que se puede hacer al originalismo del juez SCALIA, legítimo, por supuesto, pero encadenado por el pasado y excluyente.

El problema que plantea la teoría de SUNSTEIN es que la determinación del método de interpretación tiene implicaciones no sólo jurídicas, sino principalmente políticas. Esto nos conduce a erigir la misma democracia en fin del Derecho, desplazando a la propia justicia. El Derecho ha de servir exclusivamente a la causa de la justicia. Regula y ordena el sistema democrático en la medida en que éste se vea afectado por la justicia. El Derecho se erige de esta manera en un instrumento útil para la democracia, pero no en su es-

clavo. Por eso, el método que han de seguir los jueces para interpretar la norma fundamental ha de estar perfectamente determinado por el Derecho.

En este sentido, me quedo con lo dispuesto en el título preliminar de nuestro Código Civil (art. 3.1): “Las normas –léase constituciones– se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. En el marco de estas preciosas palabras, tienen cabida el originalismo, el tradicionalismo, el populismo, el cosmopolitismo y todos los “ismos” que en el mundo han sido. Pero ninguno de ellos en exclusiva como bien señala Cass SUNSTEIN en su libro. Con demasiada frecuencia, buscamos fuera lo que tenemos dentro.

De gran interés es la pregunta retórica que late en todo el libro y que el autor se formula abiertamente en su final: ¿por qué los americanos, o los españoles –es perfectamente trasladable–, debemos fiarnos del juicio moral de un puñado de magistrados (nueve, en el caso americano, doce, en el español) acerca de la Constitución? Se me antoja la siguiente respuesta: porque, por el momento, no nos queda otro remedio, lo cual no significa que no exista o no se estén dando pasos en esta dirección, apostando por un mayor protagonismo del parlamento, como defiende acertadamente Adrian VERMEULE.

La politización de los Tribunales Supremos y Constitucionales del orbe se debe en gran parte al excesivo protagonismo que han adquirido. Delimitar jurídicamente sus competencias y conseguir que se ejerzan en un ámbito estrictamente jurídico y no político es el gran reto del constitucionalismo moderno. Desde esta perspectiva, comparto el minimalismo judicial de Cass R. SUNSTEIN, y algunos de sus argumentos y análisis, pero no sus premisas ni su concepción del Derecho.

Rafael Domingo

*Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Navarra*

“The Classical Foundations of the American Constitution. Prevailing Wisdom”, David J. Bederman. Cambridge University Press, Nueva York, Cambridge, 2008, 337 páginas.

De las tres grandes revoluciones recientes, la americana, la francesa y la rusa, me quedo con la primera. Es sin duda la que, a la larga, más ha aportado y la que tiene más que decir en esta era de rampante globalización. En ella, diversos principios políticos y jurídicos básicos fueron desgranados por los *founding fathers* determinando el destino de incontables generaciones. Parafraseando al gran historiador griego Polibio, cuyas páginas nunca perderán actualidad, podríamos decir que los padres fundadores supieron elegir “lo mejor para el caso concreto”. Sin embargo, aunque cada revolución supone una ruptura, la historia permite observar que ellas son hijas de su tiempo, por lo que sólo se comprenden desde el pasado que las gestó y el futuro que las acrisola.

Esto, que es aplicable a las revoluciones, sucede también con los propios revolucionarios. Por más que se quiera innovar, la cultura –también la de la revolución– tiene sus parámetros, sus modos, sus formas. Su liturgia. Sólo son capaces de generar una revolución quienes han captado la esencia del ayer. Pero no un pretérito perfecto, sino un pasado indefinido, amplio, que se remonta a los inicios de la propia civilización en la que uno se sumerge.

Sin afirmarlo tan abiertamente, esto es quizás lo que nos ha querido transmitir David J. BEDERMAN en su reciente libro sobre los fundamentos clásicos de la Constitución americana (*The Classical Foundations of the American Constitution*). Ciertamente es que los padres de la Constitución americana lucharon contra Inglaterra empapados del espíritu liberal ilustrado de la época, pero también que ellos mismos, conscientes de la trascendencia del momento en que vivieron, se nutrieron de las fuentes de la historia antigua, incluso más que de la propia filosofía clásica, para dar solidez a su revolución, que es tanto como decir para fijar multiseccularmente su propia Constitución. Alexander HAMILTON no duda en calificar la historia como “la guía menos fallible de las opiniones humanas” (*the least fallible guide of human opinions*) y James MADISON como “el oráculo de la verdad” (*the oracle of truth*). Pero no sólo en el plano teórico, sino también en el práctico: ¿Cómo no ver en el senado americano o en la selección de su presidente influencias espartanas, púnicas y romanas?

Los padres de la patria americana fueron amantes de la cultura clásica, y la conocieron mucho más a fondo de lo que la conoce un licenciado en humanidades de nuestros días. Los nueve *colleges* de las colonias, la mayoría de ellos prestigiosas universidades de nuestro tiempo (Harvard, Columbia, Princeton, Penn University, etc.) exigían un alto nivel de conocimiento del latín y del griego en su prueba de acceso. El clasicismo americano era, ante todo, un valor social más que un simple deseo de satisfacción personal. Entre los fundadores con mejor formación clásica se hallan los grandes nombres de John ADAMS, James MADISON, Thomas JEFFERSON, Alexander HAMILTON, pero también John DICKINSON, James WILSON o Charles C. PINCKNEY, entre otros.

El gran impulsor de la educación americana, Noah WEBSTER, describe la formación de la época con las siguientes palabras: “la formación de la juventud se dirige hacia la historia de Grecia, Roma y Gran Bretaña; los jóvenes están constantemente repitiendo las declamaciones de Demóstenes o Cicerón, o los debates sobre cuestiones políticas en el Parlamento británico”. ¡Qué lejos de la educación contemporánea! La formación clásica, entonces, ocupaba la mayor parte de la jornada de las escuelas. Así se entiende que los famosos *Federalist Papers*, de Alexander HAMILTON, James MADISON and John JAY, fuesen redactados conforme al más genuino modelo ciceroniano.

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Emory, en Atlanta (Georgia), David J. BEDERMAN se ha educado de la mano de Harold J. BERNAN (1918-2007), y ello es patente. Su tesis principal, desgranada en más de trescientas sólidas páginas, es que la americana es una Constitución con musculatura, orgánicamente estructurada, de mayor alcance que el propio documento constitucional *per se*, cuyos pilares –que van desde la separación de poderes o el bicameralismo a la importancia de la figura del presidente, la declaración de guerra, las relaciones internacionales, etc.–, hunden sus raíces en la antigüedad clásica, que tan bien conocieron los padres de la nación americana. La tesis no es nueva. De ella nos hablaron ya Bernard BAILYN, Russel KIRK o Clinton ROSITER, y se puede demostrar fácilmente leyendo a los propios *founding fathers*. Sí son novedosas, en cambio, la interpretación de las fuentes, el balance de influencias recibidas por los fundadores y la originalidad con que combina el autor lo jurídico con lo filosófico e histórico, ofreciendo finalmente una visión multidisciplinar, global, que se echaba en falta.

En el fondo, la pasión por la libertad que se respira en los Estados Unidos de América, heredada de los padres fundadores, tiene su origen en el mismo concepto clásico de *libertas*, que vio en el ejercicio arbitrario del poder su principal adversario. Por eso, las importantes medidas para limitar y controlar el poder no son sino medios para preservar las libertades individuales, por las cuales tantos americanos han ofrecido sus vidas.

Podría parecer, a primera vista, que, con estas señas, BEDERMAN tendría que ser uno de los grandes defensores del originalismo de Antonin SCALIA y Clarence THOMAS. Craso error. Una correcta aproximación constitucional ha

de ser comprensiva, y el originalismo no lo es, ni tan siquiera desde una perspectiva histórica, ya que encorseta la Constitución en un momento histórico concreto, descuidando sus antecedentes y marginando su legado.

Sin duda, este libro puede ayudar a reorientar el constitucionalismo americano, aportando al intenso debate un puñado de datos y reflexiones coherentes que hasta ahora no habían sido objeto de la alta consideración que merecen por parte de los constitucionalistas americanos.

Rafael Domingo

*Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Navarra*

“Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro” (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007). Varios coordinadores. Editorial Aranzadi (Cizur Menor, 2008), 500 páginas.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA POLÉMICA ROMANISTA. 3. LA REVISIÓN DEL *ACQUIS COMMUNAUTAIRE* Y EL MCR. 4. EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA ACADÉMICO. 5. LOS PUNTOS SOBRE LAS ÍES: LA VISIÓN GLOBAL DEL PROFESOR SÁNCHEZ LORENZO. 6. EL ESTADO ACTUAL DE LOS DEBATES SOBRE EL MCR. 7. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO. 8. BALANCE FINAL.

1. Introducción

Para quienes estén interesados y sigan ese apasionante proceso que –un tanto convencionalmente– se designa como el de creación del *nuevo Derecho contractual europeo*, el contenido de este volumen –por cierto, muy elegantemente presentado– lo encontrarán valioso en información reciente y rico en sugerencias. El libro se presenta como resultado científico de las Jornadas celebradas en la Universidad Autónoma de Madrid durante los días 13 y 14 de diciembre de 2007, y organizadas por un nutrido equipo interdisciplinar de profesores titulares de la UAM que participan en un proyecto de investigación titulado *La unificación del Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, cuyo enunciado viene a coincidir con el título del volumen que recensiono. Antonio PAU nos dice en la *presentación* (p. 25) que no todas las ponencias expuestas en las Jornadas mencionadas (concretamente las de los profesores Díez-PICAZO y MARTÍN CASALS) se han incluido en el volumen, lo que es de lamentar por quienes no estuvimos presencialmente en aquéllas.

Temáticamente cabe hacer una tripartición de las diez ponencias efectivamente publicadas:

a) En primer lugar hay un grupo de ponencias que pueden clasificarse de tipo histórico-filosófico, pues hay aquí dos diferentes versiones sobre la fun-

ción que el Derecho Romano y su herencia, el *Ius Commune*, está llamado a desempeñar en aquella futura unificación europea, debidas a la pluma de dos prestigiosos romanistas. Se trata, por una parte, del profesor Franco AMARELLI, ordinario de la Universidad Federico II (Nápoles), con una ponencia con el significado título “Contra corriente”; y, por otra, de la presentada por el profesor Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, catedrático de la UAM, bajo el título “Ciencia Jurídica europea y Derecho Comunitario: «*Ius romanum*». «*Ius Commune*». «*Common law*». «*Civil Law*»” (1).

b) Sin duda, el núcleo básico de las ponencias giró en torno del *Marco Común de Referencia (MCR)*, en la actualidad encomendado por la UE a un grupo de juristas europeos, uno de cuyos miembros, la doctora doña Esther ARROYO y AMAYUELAS, profesora titular de la Universidad de Barcelona, entusiasta e incansable investigadora en este campo, en el que ha logrado merecida calificación de experta, es autora de una extensa ponencia sobre “La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario”. En relación con este tema, el profesor LEIBLE, catedrático de Derecho civil, Internacional Privado y Derecho comunitario en la Universidad de Bayreuth, trató de la cuestión “¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional”. En parecido terreno el profesor SÁNCHEZ LORENZO, catedrático de Derecho I. Privado de la Universidad de Granada, habitualmente incisivo y sorprendente, agudo y brillante en sus intervenciones, discurre sobre las “Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: «*Soft Law versus Hard Law*», o «Comisión contra Parlamento»”. Menos paradójico y sorprendente en su ponencia, aunque no menos incisivo, resulta en su ponencia el profesor SCHELZE, catedrático de Derecho privado alemán y director del *Centrum für Europäische Privatrecht* de la Universidad de Münster, quien habla del “Estado actual de los debates sobre el Marco Común de Referencia”. Cierra este grupo la ponencia de la profesora doña María del Pilar PERALES VISCASILLAS, catedrática de Derecho mercantil en la Universidad de La Rioja, con una interesante y documentada aportación, proyectada fundamentalmente hacia la práctica, sobre la “Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo”.

c) En un apartado de *Varia* cabe incluir las restantes ponencias:

MASTROIANNI, catedrático del Derecho de la Unión Europea en la Universidad Federico II de Nápoles, trata de la “Tutela de los consumidores y Derecho comunitario de la competencia: La contribución a la formación de un Derecho Privado europeo”.

(1) Se constata que el primero de los trabajos abre el volumen (en cierto modo vendría a ser una *enmienda a la totalidad*), pero el segundo no se inserta a continuación, como temáticamente le correspondería, sino en el riguroso orden alfabético de apellidos de autores que le pertenece (orden que el último de los trabajos, en cambio, no respeta). Mi tripartición es una opción puramente sistemática que creo facilita su lectura.

J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, catedrático de Derecho Civil de UAM, se ocupa de “La reserva de dominio. Referencia al Derecho europeo”. Extenso e interesante estudio monográfico de un tema clásico del Derecho de obligaciones español, aunque sólo lateralmente relacionado con el tema central tratado en las Jornadas.

VIDAL OLIVERAS, “La Convención de Viena (CISG) como clave del debate. La visión de un jurista americano”. El autor es profesor de Derecho civil en la Universidad Católica de Valparaíso, y, partiendo del Convenio de Viena, denuncia graves insuficiencias en la materia en el CC de Andrés BELLO, ofreciendo así una visión iberoamericana del tema (2).

2. La polémica romanista

No es de ahora la discusión sobre la importancia del *Ius Commune* –e, implícitamente, del Derecho romano– en la construcción del Derecho europeo. La postura del profesor AMARELLI resulta muy neta (3): Es preciso convenirse de que el Derecho romano, en Europa, está completamente desaparecido de la escena legislativa y jurisprudencial, reservándosele únicamente un espacio académico; si se quiere seguir el espíritu del Derecho romano es mucho más fácil hallarlo en el sistema del *Common law* que en el del *Civil law*, de un lado, por la ruptura que la construcción de los Códigos del XVIII supuso con el cuerpo normativo justiniano; de otro lado, por los rasgos que parecen tener en común la *anglobalización* (4) de la que habla FERGUSON en su último libro (5), y la romanización del mundo antiguo. El convencimiento según el cual el Derecho europeo tiene raíces que pueden ser exploradas por los romanistas e historiadores antiguos puede ser una idea, si no absurda en sí misma, cuanto menos fuertemente discutida; se olvida completamente el dato representado por la Europa nacida después del segundo conflicto mundial para impedir nuevas guerras entre los países europeos, que no parece estar en continuidad con ninguna de las etapas subsiguientes a la unidad en la historia del continente; no se comprende cómo debe ser únicamente el

(2) Sobre el tema se ha celebrado en noviembre de 2008, en la Ciudad de México, un interesante Congreso auspiciado por la *Association Internationale de Droit Comparé* (París), una de cuyas secciones recayeron sobre el impacto del Convenio de Viena en los sistemas legales nacionales. Puede verse el volumen diligentemente editado por el profesor Franco FERRARI: *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (Munich, 2008), y en él las ponencias de hasta cinco países iberoamericanos (Argentina, Brasil, México, Uruguay y Venezuela), dentro de un total de veintitrés países representados.

(3) *Op. cit.*, pp. 42 y ss.

(4) Es un neologismo en la lengua inglesa, que se vierte al italiano, y que se traduce literalmente al español.

(5) FERGUSON: *Impero. Come la Gran Bretagna ha fatto il mondo moderno* (trad. ital. de ZAZO) (Milano, 2007). *Op. cit.*, p. 43, nota 27.

Derecho privado el que sustancie al Derecho común europeo. Éste es, por lógica y por las categorías conceptuales empleadas, un Derecho internacional; eso es, un Derecho lo más extraño posible a la tradición romanística y a las codificaciones nacionales (no por casualidad el Derecho comunitario es considerado cabalmente materia de competencia por quienes se califican sólo de internacionalistas). El Tratado constituyente deja ahora entrever una salida a esta lógica, iniciándose, quizá, con ello un proceso de unificación constitucional de un sujeto de derecho *Europa*, que por el momento únicamente existe en la retórica europeísta; el Derecho que después se derivará modificará, entonces sí, el sistema de fuentes, planteando la cuestión de la armonización y de la uniformidad de los derechos internos. Se requerirá una larga y complicada elaboración para la unificación y armonización de los derechos de familia, de sucesiones, de propiedad, de obligaciones y de los sistemas procesales; en otras palabras, todo lo que se considera la vida de una sociedad producida por la historia y no por un acto de voluntad (6).

Por muchas razones, que no procede exponer aquí, el recensor se siente más próximo a la postura defendida por el profesor Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN en su ponencia (7), quien desarrolla sintéticamente el siguiente esquema que podemos considerar clásico entre nosotros:

I. Génesis de la idea de Europa. II. La Ciencia jurídica europea: de la jurisprudencia clásica romana a la Bolonia del *Ius commune*. *Mos italicus*. III. *Mos gallicus*. Humanismo jurídico renacentista. Derechos nacionales. IV. El siglo del Iusnaturalismo racionalista y de las Luces. V. Particularidades de la Recepción en Inglaterra. *Common law* y *Civil law*. VI. Particularidades de la Recepción en Francia, Alemania y España. Romanismo y Germanismo en los Códigos del XIX europeo. VII. España. La romanización de Hispania. El romanismo de las Partidas. La tradición romanística del Código Civil de 1889. VIII. El Derecho Comunitario europeo en el horizonte.

(6) El recensor ha tratado, en todo caso, de ser fiel al texto que trata de resumir, al margen de sentirse interpelado por los argumentos que en él emplea el profesor AMARELLI, ya que —miembro ejerciente del Grupo de Pavía— ha tenido que afrontar con frecuencia argumentos similares. Personalmente creo que el origen histórico de la actual Unión Europea en nada afecta a la posible y futura unificación (es un problema que se ha planteado *a posteriori*); algo parecido puede decirse del atípico y, todavía, incompleto proceso de formación de aquélla (influyente de modo visible, por ejemplo, en el tema de las fuentes del Derecho comunitario). No entiendo, además, que se emplee el argumento de ser mayoritariamente público este último para eliminar a los jusprivatistas de su elaboración y aplicación; de las más de veinte mil Directivas promulgadas por Bruselas, una buena parte de ellas tratan de materias privadas. En el momento codificador de los siglos XVIII, XIX y primera mitad del XX, no ha dejado de estar presente, por modos diversos, el *Ius commune*. ¿Por qué no puede seguir estando presente también en la futura codificación europea, habiendo progresado exponencialmente los medios técnicos de conocimiento de aquél en el último siglo? Todo ello sin perjuicio de discrepar también sobre el sentido de la presencia actual del Derecho Romano en nuestros ordenamientos.

(7) *Op. cit.*, pp. 169-219.

A modo de conclusiones afirma lo siguiente (8): Parte como premisa de que el Derecho romano-germánico-canónico es el tronco sobre el que se configura el Derecho continental europeo y, por ende, el principal arsenal de conceptos, instituciones y reglas jurídicas que conforman la Ciencia jurídica europea, y parece razonable pensar que en el modelo del Derecho comunitario europeo debería optarse por un sistema mixto, en el que se tenga en cuenta al propio tiempo: a) Las seculares enseñanzas de la Ciencia jurídica continental. b) Las aportaciones doctrinales, estatutarias y jurisprudenciales del *Common law*. c) Los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas y las Resoluciones y estatutos de los Tribunales Internacionales europeos. Y 4) Los Reglamentos, Directivas y textos de carácter institucional del Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea. El Derecho Romano está llamado a cumplir un papel relevante en la previsible codificación del Derecho privado europeo y a contribuir con no pocas aportaciones a la más lejana e incierta codificación del Derecho público. El Derecho Romano puede cumplir un relevante papel como elemento de cohesión y de intermediación entre los distintos sistemas y ordenamientos jurídicos, sin pretender encontrar necesariamente soluciones en las fuentes romanas a los nuevos problemas que se plantean en la dinámica de la realidad social y mucho menos caer en el error de pretender la validez intemporal de las soluciones romanas en su conjunto. Los grandes temas, los grandes problemas, las principales instituciones, las construcciones teóricas más consolidadas, han partido o se han derivado de las fuentes romanas y de ellas se ha nutrido la Ciencia del Derecho. El sustrato común de las soluciones romanistas en los ordenamientos de los distintos países europeos, así como la propia experiencia jurídica de la comunidad política romana, se configuran como un importante referente en la futura unificación o armonización del Derecho en Europa; e incluso, como ha puesto de relieve REINOSO (9), aparece también en las resoluciones dictadas por los Tribunales Comunitarios, en especial el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3. La revisión del *Acquis communautaire* y el Marco Común de Referencia

La ponencia de la profesora ARROYO y AMAYUELAS (10) –la más extensa de las incluidas– es, sin duda, la que de alguna manera orienta y vertebrata el grupo de ponencias que he incluido en el apartado b), y contiene sobre este proceso amplia información y extensa bibliografía española y, sobre todo,

(8) *Op. cit.*, pp. 212 y ss.

(9) REINOSO: "El Derecho romano en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en *Rev. Gen. de Derecho Romano*, Iustel, número 10 (*op. cit.*, p. 219, núm. 69).

(10) *Op. cit.*, pp. 49-157.

extranjera (11). Como introducción pondera que ya resulta indudable que es un objetivo de la UE lograr la armonización del Derecho privado, discutiéndose en este momento el modo mejor de llevarla a cabo. Iniciado en 1985 el desarrollo del Derecho comunitario a través de las Directivas, describe brevemente el estado escasamente alentador y más bien lastimoso que ofrece el panorama de más de veinte mil normas comunitarias de aquella clase, y los esfuerzos desplegados para corregirlo. Su punto de partida es el Plan de Acción de la Comisión de 2003, completado por la Comunicación de la misma en 2004, y del Libro Verde sobre revisión del acervo comunitario en materia de consumo. Ello ha conducido a la aprobación de una *Acción Especial* dentro del VI Programa-marco para crear una red de expertos que trabajan con carácter permanente en una Red de excelencia *Common Principles of European Private Law*, integrada hoy por tres niveles, el de científicos, el de prácticos y el de representantes de los Estados-miembros, intervinientes en un *European Law Discussion Forum*. Su finalidad es mejorar la legislación comunitaria y sólo secundariamente construir un instrumento opcional para uso de los ciudadanos.

Según el Plan de Acción de 2003, el objetivo del Marco Común de Referencia (MCR) es triple: establecer principios fundamentales del Derecho de contratos, definir los términos jurídicos que requieran precisión y redactar normas susceptibles de ser utilizadas en todos los Estados miembros (12). La ambigüedad con que, hasta ahora, se están expresando los organismos comunitarios mueve a la autora, en un rasgo de sinceridad muy de apreciar, y también de realismo, a escribir (13): “Que el MCR desemboque o no en un Código civil –o comoquiera que se quiera llamar el instrumento resultante– y que sea omnicompreensivo o sólo sectorial es algo que está por ver. Que el tal código o instrumento sea obligatorio –en este caso estaría llamado a reemplazar a los códigos nacionales– u opcional, y, en esa hipótesis, en qué medida, también. Lo único seguro es que, de momento, no está todavía claro ni su alcance final ni su *status* actual, a lo que no es ajeno el problema de la actual falta de competencia”. Estas incertidumbres ponen de relieve la enorme dificultad del proceso de elaboración de un MCR, variable en función de la finalidad que aquél persiga; a lo que deben añadirse las urgencias temporales derivadas de la necesidad de estar listo a fines del 2009, cuando finalice el mandato presidido por BARROSO. Tales vacilaciones han influido en que, mientras la perspectiva inicial era, con amplitud, el Derecho patrimonial, la perspectiva inmediata es, más bien, el Derecho contractual contenido en ocho Directivas sobre consumidores, aunque la autora recoge la advertencia del Parlamento europeo sobre la necesidad de no detenerse en el análisis de

(11) Desde 2005, la autora colabora en una interesante *Crónica de Derecho privado europeo* que aparece periódicamente en ADC.

(12) *Op. cit.*, p. 63.

(13) *Op. cit.*, pp. 67-69.

los contratos a la hora de redactar el MCR. En relación con las fuentes, la autora se inclina en favor de los PECL –de cuya ampliación y modificación se sigue ocupando el *Study Groupe*– a pesar de no estar citados expresamente en ninguna de las comunicaciones de la Comisión Europea (14), lo que, a su juicio, favorece que el Derecho privado deje de ser un instrumento dirigido al mercado para integrar los valores propios de los Códigos civiles de los Estados miembros. A todo ello debe sumarse el acervo comunitario existente, de cuyo estudio y sistematización se ocupa el Grupo *Acquis Communautaire*, cuyo trabajo se refleja en los *Principios del Derecho contractual Comunitario* (conocido por las siglas ACQP).

Gran interés ofrecen las páginas dedicadas a exponer el origen, método de trabajo y primeros resultados del referido Grupo (15), fundado en el año 2002 y en el que están integrados más de medio centenar de investigadores de diferentes Universidades europeas, bajo la coordinación del profesor Hans SCHULTE-NÖLKE (Univ. de Bielefeld) y del profesor Gianmaria AJANI (Univ. de Torino). Los trabajos del Grupo funcionan divididos en dos amplias secciones (*Contract I* y *Contract II*), estructuradas, a su vez, en diferentes subgrupos con encargos diversos, y cuyos informes (propuesta de reglas y comentarios) son revisados por un Comité de redacción y, seguidamente, por otro de terminología, que tratan de armonizar los trabajos, tanto en la forma como en el fondo, y que, finalmente, previa discusión con los grupos implicados, son los que se exponen al pleno en reuniones semestrales. En tales sesiones plenarias sólo se discute el articulado de las propuestas, pues el comentario al mismo es competencia del grupo; de no haber acuerdo, vuelven los informes al grupo para nueva formulación, con procedimiento similar.

A juicio de la ponente, los ACQP no son un proyecto de MCR –aunque están relacionados con él–, sino un ejercicio académico que trata de explicar y formular de forma sistemática las reglas del Derecho contractual comunitario tal y como existen en la actualidad. Apoyándose en las opiniones de SCHULTE-NÖLKE y ZOLL, entiende que los *Acquis Principles* son un *Restatement* de principios, reglas y definiciones; no existe pretensión renovadora al-

(14) *Op. cit.*, pp. 79 y s.

(15) *Op. cit.*, pp. 84-138. Igualmente ocurre con las dificultades que la autora reconoce ha de hacer frente aquélla, y que presenta mediante inteligentes interrogaciones: “¿Son generalizables algunas normas que hoy sólo están pensadas para ámbitos específicos? ¿Hasta qué punto la formación jurídica propia de los integrantes del Grupo influye en la comprensión del Derecho comunitario y en la posterior redacción de reglas y principios? ¿Es posible deslindar la operación de sistematizar principios de la construcción de nuevas reglas? Y si es que sí, ¿cuál es la finalidad a la que sirven unos principios? ¿Tiene sentido extraer reglas o principios de unas Directivas de mínimos, cuando la protección que dispensan los ordenamientos jurídicos nacionales es superior a la que aquéllas ya acuerdan a los contratantes?, y por ello, ¿qué peso tienen esos mismos ordenamientos jurídicos nacionales en la redacción de las reglas del *acquis communautaire*?”.

guna en su formulación, y, más bien, se trata de compilar y reformular el Derecho existente; crear nuevas normas o principios siempre comporta el riesgo de inventar lo que en realidad no existe en el *acquis communautaire* (16).

El contenido de los *Acquis Principles* se enumera en ocho capítulos que tratan (17): a) deberes de información; b) discriminación; c) formación del contrato; d) derecho del desistimiento; e) cláusulas no negociadas; f) cumplimiento/incumplimiento. Luego la autora explica el sentido de los principios, reglas y definiciones, así como el carácter incompleto y provisional de su estructura interna. Se hace notar que la estructura de los Principios se aparta, en parte, de la perspectiva pandectística, propia de los Códigos civiles de los Estados miembros; no se pone el acento en la lógica interna de la ley, sino que, a partir de la lógica –generalmente, casuística– de las Directivas, se trata de imponer un orden; por ello, tanto la parte general como la especial es distinta de la de los Códigos, y así en los *Acquis Principles* hay menos divisiones. Otras cuestiones de interés son la importancia que se atribuye a los derechos nacionales (18), el papel que desempeña el Convenio de Viena (19), aplicación del método de la generalización (20), sistematización (21) y consolidación (22), lo que se hace con tacto y prudencia. El nada pequeño problema de los idiomas empleados, tanto en la elaboración como en la exposición, se despacha brevemente declarando que los ACQP están escritos en inglés, existiendo traducciones en otras lenguas, entre ellas el español.

Merece la pena reproducir la conclusión final moderada y prudente de la ponencia (23):

“En las páginas anteriores se ha tratado de presentar los Principios extraídos de las reglas del Derecho contractual comunitario y su futura incardinación en el MCR. Que este último pueda servir a la vez de *caja de herramientas* para mejorar la legislación comunitaria existente –básicamente en el ámbito del consumo– y de *instrumento opcional* –lo que supone la creación de una sistemática completa en, por lo menos, el ámbito del Derecho general de los contratos– provoca cierto escepticismo. Pero en cualquier caso está claro que, de momento, la construcción de las bases para una futura armonización del Derecho privado en Europa, especialmente en el ámbito de contratos, está adquiriendo un impulso que difícilmente tiene vuelta atrás. Y, aunque al margen de los resultados científicos, está todavía por ver qué decisiones políticas se adoptan, eso no quita importancia a la existencia de los prime-

(16) *Op. cit.*, p. 88.

(17) *Op. cit.*, pp. 89-100.

(18) *Op. cit.*, pp. 121-124.

(19) *Op. cit.*, pp. 124-127. Papel acaso inferior al que teóricamente cabría atribuirle.

(20) *Op. cit.*, pp. 127-133.

(21) *Op. cit.*, pp. 133 y s.

(22) *Op. cit.*, pp. 134-137.

(23) *Op. cit.*, pp. 139 y s.

ros, que demuestran el valor que para la construcción europea tiene la creación de un Derecho común. Eso, en definitiva, es sinónimo de profundizar en la creación de una identidad europea.”

4. El Marco Común de Referencia Académico

El profesor LEIBLE da un paso adelante sobre las conclusiones de la anterior ponencia y sostiene que el MCR tendría que ser la base de un instrumento opcional que pudiese ser designado por las partes, mediante la elección del Derecho aplicable, como base de sus relaciones jurídicas, y ello no solamente en el caso de negocios transfronterizos, sino también para negocios puramente internos; esta posibilidad tendría que existir además no sólo para negocios entre empresarios y entre sujetos privados, sino también para negocios con consumidores. Este instrumento opcional tendría que adoptar la forma de un Reglamento comunitario que se podría basar en el artículo 308 TCE o en el artículo 352 de la versión del Tratado de Lisboa (24).

A fines de diciembre de 2007, el Grupo designado al respecto presentó a la Comisión el Proyecto del MCR, y en 2008 se publicó en forma de libro el *Draft Common Frame of Reference* (25). Pero ha cambiado el ambiente político, pues parece que ahora el Gobierno Federal alemán observa con recelo el trabajo de unos científicos, a su juicio, demasiado ambiciosos, que no respetan las metas políticas y que trabajan para obtener el borrador para un Código Civil europeo completo y perfilado hasta el más mínimo detalle (26).

Para explicar y contrarrestar –en su caso– esta opinión, el profesor LEIBLE hace una minuciosa reconstrucción de los diversos pasos que han conducido a elaborar el MCR y su posible utilización como modelo opcional. La *Common Frame of Reference* –en versión inglesa– es una meta declarada de la Comisión, que la utilizaría a la hora de hacer propuestas de mejora sobre la calidad y la coherencia del Derecho contractual europeo ya existente y de preparar futuras medidas para la unificación del Derecho privado; se espera que el MCR contenga definiciones claras de conceptos jurídicos, principios fundamentales y normas-modelo coherentes del Derecho contractual, que se asienten en el acervo comunitario y en las soluciones probadas a problemas surgidos en los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Se espera que el MCR se tenga en cuenta a la hora de incorporar las Directivas comunitarias al Derecho nacional, ejerciendo una función de hilo conductor, haciendo comprensible el contexto global en el que se en-

(24) *Op. cit.*, pp. 248 y s.

(25) STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE / RESERCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (coords.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (Munich, 2008).

(26) *Op. cit.*, p. 224.

marcaría la norma comunitaria en cuestión; también podría servir de modelo para el legislador estatal a la hora de legislar en ámbitos del Derecho contractual que no se han regulado a escala europea; se piensa, por tanto, en una *Ley-modelo*, comparable al *Uniform Commercial Code de los Estados Unidos*. El MCR podría también servir a los Tribunales de la EU para interpretar el Derecho contractual de la Comunidad. En cuanto a la estructura del MCR, la Comisión parece que se ha inspirado en el esquema utilizado por la Comisión Lando, al que se han añadido dos apartados, uno relativo al contrato de compraventa y otro al de seguro (27). A raíz de la tercera Comunicación de la Comisión, se creó en marzo del 2005 una Red llamada *Joint Network on European Private Law*, que es financiada como Red de excelencia a través del sexto programa de ayuda a la investigación de la UE y engloba a ciento setenta investigadores de todos los Estados miembros y numerosas Universidades. La tarea de esta red de investigación se ha calificado como la de fijar el *Marco Común de Referencia Académico*, en el que se integran los trabajos ya entregados a finales de 2007, y el *Draft Common Frame of Reference*, publicado en 2008, anteriormente mencionado, y que, a juicio del autor, *se parece a un Código civil europeo general y perfilado hasta el último detalle* (28). Se espera además la próxima publicación, que versará sobre la transmisión de la propiedad, las garantías reales y el *trust*. Con ello se pondrá sobre la mesa de debate el Derecho patrimonial europeo (29). A continuación el autor profundiza sobre la función que el MCR puede realizar de instrumento opcional y las posibilidades que ofrecen los Reglamentos Roma I y II, concluyendo que se tendría que permitir también la elección del instrumento opcional para negocios puramente internos, permitiendo a los empresarios que se defiendan en todo el mercado interno con un solo modelo de contrato. Por razones de claridad jurídica apoya que se utilice un Reglamento y no una Directiva para establecerlo. Curiosamente el autor no ofrece argumentos para contrarrestar las críticas de carácter político suscitadas por la publicación del MCR.

(27) *Op. cit.*, pp. 229 y s.

(28) *Op. cit.*, p. 232. Su interna estructura es la siguiente:

Book I: General provisions.

Book II: Contracts and other judicial Acts.

Book III: Obligation and correspondent Rights.

Book IV: Specific contracts and the rights and obligations arising from them.

Book V: Benevolent intervention in another's affairs.

Book VI: Non contractual liability arising out of damages.

Book VII: Unjustified enrichment.

Annex 1: Definitions.

Annex 2: Computation of time. (Op. cit., p. 233).

(29) *Op. cit.*, p. 233.

5. Los puntos sobre las íes: La visión global del profesor SÁNCHEZ LORENZO

El panorama, más bien confuso e incierto, que resulta de la lectura de las anteriores ponencias se clarifica en cierto modo desde una perspectiva global por quien nunca ha ocultado su pensamiento sobre estas cuestiones, exponiéndolo a veces con paradójica crudeza (30). Inicialmente se plantea valientemente la cuestión clave: ¿Hay que abandonar la idea de un Código Civil europeo? Al hablar de las razones jurídicas que apoyarían tal código menciona los innumerables problemas creados por las normas comunitarias de Derecho privado europeo (tales, entre otros, como la ausencia de calidad normativa, incoherencia sistemática, imposibilidad de deducir principios interpretativos generales, desplazamiento de una lógica propia del Derecho privado por una lógica ciega de la integración, o los límites derivados de las Directivas como mecanismo armonizador), no vacila en denunciar la estrategia predilecta de las instituciones comunitarias, consistente en crear nuevos problemas para justificar nuevas competencias y de este modo hacer progresar geométricamente el Derecho comunitario; tal tendencia se ha reforzado con la atribución de competencia en materia de Derecho internacional privado, incluso para el Derecho de familia (31). El entusiasmo de algunos sectores europeos llegó incluso a aventurar para 2010 la redacción de un Código Civil europeo. Pero son muchas las dificultades a que se enfrenta este proyecto, y en primer lugar la ausencia de competencia de las instituciones comunitarias para una unificación global del Derecho privado europeo según el modelo de un Código Civil. Admite que se trata de un obstáculo constitucional que puede superarse fácilmente mediante una reforma del Tratado, como ya ha ocurrido con la materia del Derecho Internacional privado. Sin embargo, en el Tratado de Lisboa no ha sido introducida variante alguna. A juicio del autor, acaso esa tibieza en el avance de las competencias legislativas se debe a que existen obstáculos más severos basados en el principio de proporcionalidad contenido en el artículo 5.III del Tratado, mientras que el principio de subsidiariedad no limita en absoluto las competencias comunitarias en este punto, dado que la unificación no podría nunca alcanzarse a partir de la acción unilateral de cada Estado miembro. Los límites provienen del test de necesidad comprendido en el principio de proporcionalidad que obliga a las instituciones comunitarias a autolimitar sus competencias para no ir más allá de lo que verdaderamente es preciso para alcanzar el objetivo perseguido; este test implica un juicio relativo al equilibrio entre las necesidades del mercado y los intereses del mercado. Por lo que se refiere a la unificación del Derecho privado, los intereses nacionales están representados por los perjuicios que dicha armonización puede acarrear en orden a la coherencia e identidad

(30) Últimamente puede verse SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho privado europeo* (Granada, 2002).

(31) *Op. cit.*, p. 381.

cultural de los sistemas jurídicos nacionales, incluido un cierto derecho a la diferencia. Países como Francia, Reino Unido o España parece que pueden plantear elementos culturales y axiológicos que puedan obstaculizar tal unificación. El autor simboliza el conflicto entre los partidarios de una unificación *hard*, representada en el Código, y los seguidores de una posición más pluralista y posmoderna que defienden soluciones blandas (*soft law*).

Parece claro el alcance político de cualquier proceso de codificación europea del Derecho privado, como lo advirtió el Parlamento europeo en su resolución de 15 de noviembre de 2007 al subrayar que “el debate sobre una armonización a gran escala del derecho civil básico de los Estados miembros es un tema delicado y con gran carga política”, que, en cierto modo –apostilla el autor–, recuerda la polémica entre SAVIGNY y THIBAUT y sus seguidores, en Alemania, a principios del siglo XIX. En todo caso, “el principal problema político del Código civil europeo sería el déficit democrático” (32), a lo que todavía se añade el proceso de descodificación. En consecuencia, frente al ambicioso proyecto de un Código Civil europeo, incluso de un mero Código europeo de los contratos, la evolución del debate en el seno de la UE –constata el autor (33)– se inclina progresivamente hacia fórmulas *soft*, y así el MCR se convierte en el instrumento de creación del nuevo Derecho privado europeo, cuya indefinición, no obstante, falta de un programa de medidas concretas y ausencia de calendario, fueron puestas de relieve en la Resolución de 2003. Observa cierta germanización del modelo finalizado en 2007, al desplazarse desde el contrato a las obligaciones, si bien entiende que los operadores del Derecho decidirán, al tratarse de un instrumento facultativo, si el MCR es un competidor capaz de desplazar el protagonismo internacional del *common law*. Expresando una opinión personal, el autor afirma que se puede percibir una especie de resentimiento del Parlamento Europeo frente a la Comisión, e incluso de advertencia, cuando se afirma en la Resolución de 2007 que “en el futuro podría existir una verdadera voluntad política de adoptar el Código civil europeo”.

Descendiendo del plano ideológico y de las posturas personales interesa destacar el apartado relativo a la construcción de un Derecho europeo de los contratos (34). A juicio del autor, el fracaso de la idea de un Código Civil europeo no resta valor alguno a las iniciativas desarrolladas hasta la fecha; se han detectado, al menos, los graves problemas del acervo comunitario en materia contractual, y se han elaborado unos principios muy útiles para racionalizar el régimen de los contratos celebrados por los consumidores, disperso en múltiples Directivas muchas veces no muy afortunadas. En este punto hay que desechar una armonización de mínimos que impide en realidad una armonización del Derecho de los contratos de consumo y dificulta, sobre

(32) *Op. cit.*, p. 387.

(33) *Op. cit.*, pp. 389 y ss.

(34) *Op. cit.*, pp. 394 y ss.

todo, la obligación de una *interpretación conforme*; será, pues, necesario un modelo común de protección de los consumidores. Incluso cabe pensar en un Código europeo del Consumo, cuyo contenido podría ir más allá, incluyendo la responsabilidad por productos defectuosos, normas procesales, etc., el cual no plantearía problemas competenciales ni dudas al responder a una política bien definida en el artículo 152 del Tratado CE.

Fijándose en aspectos puntuales, observa el autor (35) que la Europa *sine causa* no es una simple consecuencia de la desaparición de la causa lícita como elemento indispensable de la validez del contrato; es absolutamente cierto que los sistemas romanistas están dispuestos a eliminar la causa, al igual que en el *common law* no se ve con malos ojos la eliminación de la engorrosa doctrina de la *consideration*. Pero el hecho de eliminar la causa como condición de validez del contrato no permite afirmar la admisión de una concepción contractual abstracta; se trata de una mera corrección que no va a borrar otras influencias de la tradición causalista o romanista. Otra tendencia igualmente clara es la supresión de los contratos reales, de modo que el contrato europeo será exclusivamente consensual y su validez será la mera consecuencia de un encuentro de dos declaraciones de voluntad. La cultura romano-germánica se impondrá a la hora de establecer las reglas de interpretación del contrato, y se utilizarán instrumentos objetivos, como la buena fe, a la hora de integrar las lagunas de aquél. En contrapartida, la concepción del *common law* dominará en la comprensión del incumplimiento del contrato; los sistemas romanistas verán, con alivio, cómo desaparecerán los regímenes especiales en caso de mora, vicios ocultos o evicción, beneficiándose de un concepto mucho más amplio y eficiente del *incumplimiento*.

Hay, sin embargo, lo que el autor califica de *incógnitas y paradojas* (36). Un sistema uniforme de Derecho contractual independiente de las circunstancias espaciales será de más fácil aplicación para el juez, al tiempo que reducirá los costes de producción jurídica de los operadores, que preferirán la normalización y estandarización de sus contratos, cualquiera que sea el mercado afectado en cada transacción. Pero semejante unificación debería ser el fruto de una decisión unilateral de cada Estado, ya que, a juicio de SANCHO LORENZO, incluso si se admite la perentoriedad de una acción armonizadora para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, la extensión de dicha reglamentación a las situaciones puramente internas no encuentra ninguna base legal, dado que las libertades de circulación que se pretenden garantizar no afectan a las situaciones puramente internas (37). No acaba de comprenderse muy bien cómo podría justificarse una armonización del Derecho contractual relativo a estas situaciones cuando carecen de vínculo alguno con otros Estados miembros.

(35) *Op. cit.*, p. 396.

(36) *Op. cit.*, pp. 398 y ss.

(37) *Op. cit.*

Se acusa a la pluralidad de sistemas nacionales de producir obstáculos a la libre circulación de productos y servicios en el mercado interior, de falsear la competencia y aumentar los costes indirectos de transacción; se afirma que un mercado único exige reglas únicas; pero las empresas europeas –y aquí subyace la paradoja, observa el autor (38)– no están condenadas a comerciar exclusivamente dentro del mercado interior, del mismo modo que no están forzadas a contratar en el interior del Estado en que se encuentra su sede. Más allá de la UE espera un mercado globalizado de interés para todos los agentes económicos y políticos. Si la política comunitaria se orienta en el futuro de una manera muy clara a la elaboración de una reglamentación típicamente europea del régimen de los contratos internacionales, corre el riesgo de incurrir en el mismo defecto que trataba de subsanar: el nacionalismo (o regionalismo) del Derecho contractual. *Una reglamentación europea de Derecho de los contratos no va a hallar eco fácilmente fuera de la transacción intracomunitaria. El resto del mundo busca una armonización global que facilite realmente el comopolitismo jurídico; [...] el proyecto de un Código europeo de los contratos comerciales podría considerarse, desde una perspectiva global, como un producto regionalista, apenas cosmopolita y bastante contraproducente* (39). Pero, por fortuna, el riesgo de intervención de las instituciones europeas sobre la *lex mercatoria* parece desarticulado. La *lex mercatoria* y la práctica deben seguir siendo lo que siempre han sido; su dinamismo y su espontaneidad son irreductibles y no pueden ser codificados sin perder su propio papel.

Una reflexión final aconseja negar cualquier posibilidad de armonización del Derecho privado europeo a través de la armonización del Derecho I. Privado, el cual no constituye una tercera vía. El DIP desplegará una crucial función complementaria, determinando el ámbito de aplicación estatal del Derecho privado europeo, señalando al Derecho nacional aplicable para colmar las lagunas, proporcionando su experiencia comparativa. Pero la unificación del DIP no puede sustituir a una unificación del Derecho privado material que se considere necesaria.

6. Estado actual de los debates sobre el Marco Común de Referencia (DCFR)

A juicio de SCHELZE (40), para muchos resulta un logro sorprendente y muy notable que en el corto período de cuatro años (2003-2007), y a pesar de partir de premisas, experiencias y estructuras diferentes, la Comisión haya podido desarrollar una colaboración fructífera, trabajar intensamente sobre un amplio espectro de ámbitos jurídicos y haber elaborado y presentado un borra-

(38) *Op. cit.*, p. 401.

(39) *Op. cit.*, p. 402.

(40) *Op. cit.*, p. 410.

dor que ofrece una base para el debate futuro. Se propone en su ponencia: 1.º) Echar un vistazo a los trabajos previos y a los fundamentos del borrador del MCR (CFR en terminología inglesa); 2.º) A continuación formular algunas tesis respecto de su estructura y de la relación de éste con el proyecto de un Derecho europeo de contratos; y 3.º) Expresar algunas de las próximas tareas en unas pocas tesis.

Remontándose a los trabajos de la Comisión Lando, destaca que en sus comienzos (1980) apenas podían referirse al Derecho comunitario europeo –en escasa medida existente–, aunque la situación se modificó sustancialmente en los años noventa debido a los avances en la construcción del mercado interior, al nacimiento de la UE en el marco de la Unión Económica y Monetaria europea y a la introducción del euro. Así se originó la ampliación notable de la legislación comunitaria persiguiendo objetivos tales como el fomento del mercado interior, la protección de los consumidores y la de las pequeñas y medianas empresas. Un creciente número de Directivas se ocuparon de las cláusulas no negociadas individualmente, el derecho de revocación o desistimiento, las garantías, la mora en el pago y el comercio electrónico. Ello obligó a modificar determinados conceptos de Derecho europeo en la investigación emprendida. Así la aproximación comparatista se completó con las investigaciones sobre el Derecho comunitario existente convertido en objeto de Derecho comparado. De la red de investigación denominada *Common Principles of European Private Law* partió la iniciativa para desarrollar un programa de investigación dirigido al análisis del *Acquis communautaire*, y tras dos Congresos en la *Academy of European Law*, celebrados en 2002 y 2003, se unieron un centenar de científicos de diversos países europeos para formar el *Acquis Groupe* con el objetivo de desarrollar principalmente principios del Derecho de la Comunidad Europea existente en materia contractual y, eventualmente, extender sus trabajos a otras materias. La comunicación de la Comisión al Parlamento de 2003 se refería a un *Derecho contractual europeo más coherente*, y, a juicio del autor, puede entenderse como reacción a la extensión del *acquis communautaire* en materia de Derecho contractual (41), para el cual el MCR constituirá el instrumento más importante, señalándose la tarea de sistematizar en el ámbito europeo el Derecho de contratos y de desarrollar un Derecho de contratos general. Todo ello se refleja en la red de científicos encargada de elaborar aquél (42).

El borrador del MCR (o CFR) no sólo ha conllevado importantes avances, sino que también ha planteado nuevos problemas y suscitado críticas, ya que, además del Derecho de contratos, abarca, en particular, numerosas materias que en la tradición del *Civil Law* se encuadran en los núcleos básicos del Derecho de obligaciones o que conectan el Derecho de obligaciones con

(41) *Op. cit.*, p. 415.

(42) Amplia información en pp. 416-418. Al tiempo de redactar la ponencia falta el Informe del *Insurance Group*, la incorporación de cuyos trabajos todavía no se ha llevado a cabo.

el Derecho de cosas; se trata de un modelo que han plasmado algunos países de esa familia, y, en particular, el BGB especialmente después de la reforma de 2002. En conclusión: “El DCFR se ha convertido en algo distinto a un Derecho contractual europeo. Su estructura y sus conceptos incluyen las reglas para los contratos en un sistema que subyace a la codificación de determinados Estados miembros. Se extiende mucho más allá de las relaciones jurídicas entre las partes contractuales a aquellas materias que en la tradición del *Civil Law* configuran el Derecho de Obligaciones, así como a algunas materias del Derecho de cosas. En este sistema se contemplan ciertos tipos de contratos (como *sales* o *services contracts*) como un grupo de relaciones obligatorias especiales. No hay cabida para una regulación completa de un Derecho de contratos general. En su lugar, el núcleo central en el DCFR lo ocupa un Derecho general de obligaciones” (43). El autor analiza a continuación las ventajas e inconvenientes de esta orientación del DCFR; así opina que tan estimulante como puede ser resultar a largo plazo para los debates científicos, tan dudoso resulta, al menos a corto plazo, su aceptación académica y política a nivel europeo. Previsiblemente, la CE va a tener poco interés en la mayoría de las materias que se tratan junto al Derecho de contratos, porque en estas materias no existe *acquis communautaire* y porque tampoco está proyectada ninguna extensa legislación europea (44).

Entre las tareas a realizar en el futuro, el autor estima que deben darse rápidamente otros pasos (45). El borrador académico de MCR debe someterse, en su totalidad, a un examen crítico y a un proceso de mejora; el intercambio de opiniones sobre este borrador abrirá, a largo plazo, la perspectiva de un progresivo entendimiento sobre las estructuras y principios del Derecho privado europeo. Por otro lado, queda pendiente el diseño de un *Marco de referencia práctico* para el Derecho contractual, que, en opinión del ponente, debe responder a dos exigencias: por un lado, corresponderse con las tareas legislativas y posibilidades legislativas actuales de la CE; y, por otro, estar en sintonía con el más amplio *Marco de referencia académico*, lo que, a su juicio, hace necesaria su *recontractualización* (46).

(43) *Op. cit.*, p. 423.

(44) En opinión de SCHELZE: *op. cit.*, p. 425, el borrador académico del CFR constituye un valioso reto e inspiración para futuros debates. Ofrece una base importante para la investigación, para el intercambio de opiniones entre juristas y, a largo plazo, posiblemente también para reflexiones legislativas. Pero no ofrece un marco de orientación de fácil aplicación y de amplia aceptación, por lo que, previsiblemente, no satisfará por sí mismo la necesidad actual del proceso legislativo comunitario, en especial en el ámbito del Derecho contractual. Continúa siendo un *desideratum* diseñar un borrador con principios y reglas para el Derecho de contratos.

(45) *Op. cit.*, pp. 426-428.

(46) “Se debe elaborar un marco de orientación específico para el Derecho de contratos, que responda, en primera línea, a las necesidades legislativas actuales de la CE. La CE podrá utilizar inmediatamente un marco de orientación de esta naturaleza en la promulgación de nuevas Directivas y en la revisión del *Acquis communautaire* en el ámbito del Derecho contrac-

7. Aplicación jurisprudencial en España de los Principios de Derecho contractual europeo

La autora se había ocupado anteriormente del tema (47), con especial referencia a la Convención de Viena de 1980, y en la presente ponencia amplía su campo de observación llegando a conclusiones que pueden considerarse entusiastas y optimistas (48): “El examen jurisprudencial revela una creciente e incesante acogida de los Principios de Derecho contractual europeo en las sentencias del TS del que se deriva un claro efecto: una carrera hacia abajo (*race to the bottom*) por la que los tribunales inferiores absorben la doctrina del TS. Se intuye asimismo una previsible carrera hacia arriba (*race to the top*) entre los magistrados de la Sala Civil del TS en la que ganará quien más y mejor aplique, en el sentido de originalidad, este nuevo Derecho europeo de contratos”. En este sentido menciona a cuatro miembros de aquella que han sido ponentes en dieciséis sentencias en total, distribuidas así: 9, 5, 1 y 1, en las que se aplican tanto los Principios de Derecho europeo como los mencionados Principios de Responsabilidad civil. Destaca, a este respecto, la importancia de la base de datos instalada en la Universidad francesa de París-Sud a cargo de *The Database Group*, el cual forma parte, a su vez, de la red de excelencia. A propósito de la legitimación entiende (49) que será probablemente difícil que un juez español, enjuiciando un litigio estrictamente nacional, base enteramente su decisión en la aplicación de los Principios o del MCR; en cambio, sí parece factible, incluso deseable, que en dichas situaciones pueda basar aspectos singulares de su decisión en los mismos, o incluso su entera decisión en ellos en el caso de litigios transfronterizos.

La autora ha recogido cerca de cuarenta sentencias (treinta y cinco sobre contratos y cinco sobre responsabilidad civil) dictadas en España, que atestiguan la aplicación de los principios europeos sin ser parte del derecho aplicable, situándose nuestro país –a juicio de la autora– como uno de los más

tual. Además podría servir de base para una Codificación europea del Derecho contractual como un *instrumento opcional*, que las partes podrían elegir en lugar de un Derecho contractual nacional, en caso de que la CE quiera crear un acto legislativo de esta naturaleza. También es concebible que un borrador específico para el Derecho contractual pueda servir para la preparación de un *instrumento opcional* con un ámbito de aplicación más restringido, por ejemplo, como un primer paso del legislador, en una materia de especial importancia para las transacciones transfronterizas, como lo son los contratos con consumidores en el comercio electrónico o determinados tipos de prestaciones de servicios” (*op. cit.*, p. 427).

(47) PERALES VISCASILLAS, M.^a del Pilar: “La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los principios de UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de las leyes”, *La Ley*, 31 de mayo de 2007, pp. 1 y ss.

(48) *Op. cit.*, pp. 463 y s.

(49) *Op. cit.*, p. 468. Véanse abundancia de argumentos propuestos por la autora en apoyo de la tesis recogida en el texto.

vanguardistas y avanzados en cuanto a la práctica judicial (50). A veces dichos Principios se han utilizado como apoyo, referencia o cita legal para confirmar principios generales asentados en la jurisprudencia española o en los textos civiles o mercantiles; pero todavía los tribunales no los han utilizado como método de interpretar e integrar los textos internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento, como el Convenio de Viena. En todo caso, advierte la autora (51), los principios europeos se han utilizado de forma indirecta, ya traspasando el lenguaje de los principios europeos al artículo 1124 CC, ya insinuando aquella función con el aval de su aplicación conjunta con la convención de Viena. Lo que no se ha producido todavía es la utilización de los Principios europeos para contradecir una norma expresa o una línea jurisprudencial asentada.

En las SSTs de 6 de marzo de 2007 (ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación ROCA TRÍAS) y 10 de octubre de 2007 (ponente Excmo. Sr. D. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA) se invocan los principios europeos de responsabilidad del empresario por los auxiliares para confirmar la exclusión de la responsabilidad, respectivamente, del banco y de un Club. La STS de 17 de julio de 2007 (ponente Excmo. Sr. don Francisco MARÍN CASTÁN) utiliza los principios europeos para integrar el artículo 1902 CC.

En relación con los Principios de Derecho contractual europeo, la autora distingue las siguientes hipótesis (52): 1) Para sustentar o apoyar la interpretación judicial en torno a alguna institución jurídica que, si bien no está recogida en el CC o en el CCom, sí está amparada por la jurisprudencia (STS de 5 de enero de 2007 sobre compensación judicial; ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación ROCA TRÍAS; STS de 31 de octubre de 2005 sobre solidaridad de obligaciones mercantiles; ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación ROCA TRÍAS; sobre resolución del contrato, STS de 5 de abril de 2006; ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación ROCA TRÍAS, y SSTs de 20 de julio de 2006, 22 de diciembre de 2006 y 23 de julio de 2007, ponencias todas ellas del Excmo. Sr. don Juan Antonio XIOL RÍOS; además de otras ss. de AP). 2) Para confirmar principios o reglas generales contenidos en el CC, CCom o en leyes especiales (STS de 11 de julio de 2006 sobre buena fe en materia de competencia desleal; ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación ROCA TRÍAS; STS de 4 de julio de 2006 sobre el artículo 1258 CC; ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación ROCA TRÍAS; STS de 27 de septiembre de 2006 sobre cumplimiento anticipado; ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación ROCA TRÍAS; STS de 11 de

(50) *Op. cit.*, p. 472 y nota 35. También menciona la SAP de Zaragoza de 27 de octubre de 2006, que cita el Proyecto Gandolfi o de Pavía (p. 473, núm. 36).

En cuanto a otros datos recientes que pueden servir de contraste: sobre el impacto del Convenio de Viena en Francia, cfr. WITZ en FERRARI: *op. cit.*, pp. 136-138; en Alemania, cfr. MAGNUS en *id. id.* pp. 155-157. Las matizadas conclusiones del ponente general pueden verse en FERRARI: *op. cit.*, pp. 453-456.

(51) *Op. cit.*, p. 474.

(52) *Op. cit.*, pp. 478 y ss.

julio de 2007 sobre interpretación en un contrato de mediación inmobiliaria; ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación ROCA TRÍAS; hay otras ss. de TSJ y AP). 3) Para confirmar o apoyar a la doctrina jurídica. Y 4) Para integrar las lagunas del CC (STS de 10 de octubre de 2005, en relación con las del 1124 CC; ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación ROCA TRÍAS y otras ss. de AP; STS de 31 de octubre de 2006, con idéntica finalidad a la anterior; ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio XIOL RÍOS).

8. Balance final

No resulta fácil llevarlo a cabo después de resumir diversas ponencias sobre el mismo tema, pero redactadas bajo presupuestos no coincidentes y por sensibilidades diversas. Sobre la codificación europea de los contratos, he tenido oportunidad de exponer recientemente mi opinión en términos generales (53). No deja de sorprender que si alguno de los ponentes aquí recensio- nados (en particular, el profesor LEIBLE) sigue postulando un Código europeo de contratos, omita referirse, sin embargo, al Proyecto de Pavía –o al menos, cabría pensarlo, para impugnarlo–. La publicación de los Borradores de MCR en 2007-2008 han supuesto ciertamente un avance indiscutible en el camino que parece haber iniciado la Comisión y el Parlamento. Lo que no obsta a que, por razones, sobre todo extra-académicas, nos encontremos en un cierto *impasse*, del que, acaso, un golpe de timón político pueda ayudarnos a salir próximamente. Bajo la perspectiva española cabe dudar de si la metodología de trabajo utilizada hasta ahora resulta conveniente para nuestro ordenamiento jurídico (p. ej., el *Restatement* como instrumento de unificación, es desconocido en nuestras latitudes). También es público y notorio que, al redactarse el Proyecto Lando, la Comisión prestó escasa, o nula, atención a nuestras soluciones, y el panorama parece no haber cambiado con el *Common Frame of Reference*.

Pero me ratifico, por otra parte, en la oportunidad de la publicación del presente volumen, en lo valioso de su contenido y en lo extraordinariamente cuidada que ha sido la edición.

Gabriel García Cantero

Catedrático Emérito de Derecho Civil

(53) GARCÍA CANTERO, en CASTÁN, III, 17 edición (Madrid, 2008), pp. 600 y ss., espec. p. 605.

“La ciencia humilde. Economía para ciudadanos”, Alfredo Pastor. Doctor en Economía. Editorial Crítica, 2.ª edición, actualizada, marzo 2009.

I. Cuando el profano trata de *enterarse* de lo que está pasando, de lo que “está cayendo”, y más si ha invertido en *productos* que de pronto no es que no rinden lo esperado, sino que se deterioran, de tal modo que se volatiliza la inversión, y quiere saber a qué atenerse, ¿sirve esta obra? Veámoslo con unas notas tomadas de lo que el autor dice.

Primero. A cualquier problema importante la Economía sólo puede ofrecer una solución parcial; para complementarla hay que hacer intervenir otros elementos. Y es que la Economía es una ciencia humilde; precisamente así se titula la obra.

Segundo. Hay que rehusar ciertos tópicos: por ejemplo, es alarmante observar hasta qué punto términos en apariencia técnicos se dirigen no a nuestro entendimiento, sino en realidad a nuestras emociones para despertar sentimientos de aprobación o rechazo; así lo que se consigue es que admitamos como razonamiento lo que no es más que propaganda (p. 12).

Tercero. ¿No estaremos yendo demasiado lejos en el liberalismo económico; no habrá que marcar los límites del terreno de juego?; y es que “si la miseria embrutece, la búsqueda de la riqueza insaciablemente también embrutece”.

Cuarto. Detengámonos en el capítulo 10: “La crisis de 2007 (pp. 233 y ss.). Destaco aspectos que considero relevantes.

1. Desde el verano de 2006 se comenzó a considerar que en EEUU los activos inmobiliarios estaban sobrevalorados y pocos meses después se disparó el número de impagados por créditos hipotecarios (las famosas hipotecas-basura).
2. En septiembre de 2008 el tercer banco de inversión de Wall Street, Lehman Brothers, quebró. Al poco tiempo la crisis financiera se extendió por Europa (Bélgica, Francia, Alemania, Reino Unido...). A

finales de 2008 empezaron a aparecer las primeras estafas: el caso Madoff en EEUU fue seguido por otros en India, Alemania y Reino Unido. En 2009 ha sido rebajada de categoría la deuda soberana de España, Portugal y Grecia.

3. La desconfianza se ha adueñado de todo el sistema financiero al producirse –en escalada– los impagos de hipotecas basura, por haber tomado el sector bancario riesgos excesivos. El resultado: las entidades financieras han considerado que lo más prudente es no prestar a nadie ante el riesgo de que el prestatario no devuelva el dinero. Así, el mercado interbancario, en el que los bancos se prestan unos a otros, se ha paralizado; la contracción del crédito es la realidad pura y dura.
4. De la recesión a la depresión: ante la incertidumbre, los bancos han guardado toda la liquidez posible y las familias y las empresas han optado por ahorrar, por no invertir, en gran parte comidas por las deudas. La contracción de la demanda sumada a la del crédito.
5. El sector bancario en EEUU se halla en mala situación por confiar excesivamente en las virtudes de la economía de mercado. Ésta no ha bastado para que aquél hallara el equilibrio justo entre riesgo y beneficio: la derogación de ciertas normas, como la Ley Glass-Steagall, que separaba las actividades de banca comercial y de banca de inversión –durante la administración Clinton– ha permitido algunas de las prácticas que se han revelado más nocivas.
6. El resultado debe ser una mayor regulación, esperando que sea buena: si algo tiene que haber enseñado la crisis es que la pretendida independencia de las autoridades monetarias, en ocasiones ha sido más bien obediencia a las presiones de los grandes intereses financieros.
7. Hoy nos hemos metido en un enorme lodazal por haber fallado en el control de una máquina delicada, cuyo mecanismo no entendemos. El resultado es que nuestras posibilidades de riqueza pueden quedar agostadas, quizá durante mucho tiempo (cita de J. M. KEYNES, de 1930, con que abre y cierra el capítulo).

II. ¿Qué puede decirse ante lo leído y lo expuesto? Voy a centrarme sólo en uno de los problemas, que creo conocer en profundidad.

Primero. Más pronto que tarde ha de controlarse de modo eficaz a la banca de inversión: ¿engaño, estafa, dolo, error invalidante...?, son conceptos que están ahí y llenan el contenido de demandas, de actuaciones judiciales, de pretensiones y reclamaciones de daños y perjuicios (*El gran crac del crédito*, de Charles R. MORRIS, ValorE. 2009).

En España “la CNMV reprende a los bancos por la colocación de sus últimas emisiones. No informan adecuadamente a los clientes”. Es el titular periodístico del día 9 de mayo de 2009, sí, de este último mes de mayo, con el

que se condensa la advertencia a la banca de algo que está realizando *impunemente* desde hace años, aquí y fuera de aquí (he citado la derogación durante el mandato de Clinton de la Ley Glass-Steagall). Aquí, a pesar de la Ley del Mercado de Valores.

Segundo. “Información veraz”; “actuación siempre en el *exclusivo* interés del cliente” (pero, ¿esto es realmente posible?; no nos engañemos); “contratos asimétricos”; “perfil de riesgo”; “no advertencia de los riesgos que se asumen con la inversión, sobre todo ante *productos (palabro)* financieros complejos, muchas veces faltos de liquidez...” (una enumeración de *palabras* la hace Leopoldo ABADÍA en *La crisis Ninja...*, Espasa-Calpe, 2009).

En definitiva, que, como han señalado Alberto RECARTE y Fernando TRÍAS DE BES, la Banca de Inversión ha asumido un riesgo excesivo (a costa del cliente, claro es) y la Comercial ha prestado a ciegas a quien le pedía dinero y... a quien no lo pedía.

Aquella, sobre todo, al ofrecer determinados productos, por lo pronto ha distorsionado intencionadamente figuras e instituciones jurídicas: el préstamo, la compraventa, el contrato de agencia, la mediación, la gestión, el asesoramiento, la comercialización..., mezclando derechos-obligaciones de diversas figuras jurídicas, combinando negocios jurídicos con redacciones confusas, que no han recibido el mínimo control exigible para los tradicionalmente denominados *contratos de adhesión*. Dejalez-pillería que pone al ignorante a los pies de los caballos bajo el señuelo de lograr una ganancia, mientras quienes se ofrecen a lograrla se lucran, cuando no estafan (recuérdese el caso Madoff, y parece ser, por los indicios, el de su esposa).

Tercero. ¿Suficiente? No contestaré con rotundidad, pues sólo he querido sugerir y como mucho he hurgado en una de las heridas, que aquí dejo abierta.

Que diagnostiquen y den el tratamiento completo los que deben y saben, teniendo en cuenta que no basta con los economistas; Alfredo PASTOR lo revela. La Economía es “una ciencia humilde”. Sí, bien lo deberían saber quienes se creen en posesión exclusiva de la verdad ante situaciones proteicas, plurivalentes y complejas que requieren actuación interdisciplinar (véase, así, *La Empresa Familiar y las Familias empresarias*). Pero reconocer humildad no justifica esconder la cabeza bajo el ala cuando la depresión se globaliza: una economía que no ayuda a formar una buena sociedad, a mejorar la vida de las personas –acaba de afirmar Adela CORTINA–, es un fracaso como ciencia y como actividad humana.

En último término, ¿acaso no habrá que volver al Derecho; no será necesario plasmar en la realidad económico-financiera la frase de CARNELUTTI: “misión del Derecho es someter la Economía a la Ética”?

Víctor Manuel Garrido de Palma

“El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?”, VVAA. The global law collection, Lecture series, Thomson-Aranzadi, 2008, 250 páginas.

Recientemente asistí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza a la presentación de un librito curioso, de pequeño formato y gran interés, que a continuación iba a ser presentado en otras Universidades de ciudades españolas.

Pertenece a *The global law collection*, colección que nace en 2005 y que ha publicado ya más de cincuenta libros; tiene seis series diferenciadas: lecciones de cátedra, monografías, manuales, obras de referencia, escritos reunidos y biografías; en concreto este librito corresponde a la denominada *Lecture series*. La misión de dicha colección es promover el conocimiento científico mediante la difusión de investigaciones académicas que estimulen el desarrollo jurídico y social de las sociedades del siglo XXI. Entre los autores de la *GLC*, en palabras de su director, R. DOMINGO, figuran especialistas del más alto nivel científico. Unas veces éstos realizan una contribución determinada a una disciplina específica en forma de lección o monografía. Otras elaboran trabajos de referencia o estudios interdisciplinarios de amplia difusión que permiten a un público más variado y culto acceder a los últimos avances del conocimiento jurídico, político, económico y social. También hay autores que publican en esta colección manuales universitarios o una selección de escritos reunidos que permiten conocer a fondo el pensamiento de grandes personalidades del mundo de la cultura, formando parte del compromiso de Thomson-Aranzadi editoriales y también de *GLC*, la gestión y transmisión del conocimiento, por lo que la colección pretende ser una herramienta de solidaridad, libertad y paz que contribuya en la formación de una cultura jurídica global, imprescindible para el nuevo orden mundial.

Lecture series consta de trece libros, entre los que se encuentra el que voy a recensionar a continuación y que responde plenamente a los objetivos de la colección ya mencionados. He manejado también y dentro de *Legal studies: Álvaro d'Ors, una aproximación a su obra* (R. DOMINGO, 2005), y de *Reference series* el *Código Civil japonés* y *Principios de Derecho global*, todos ellos muy valiosos desde diferentes puntos de vista.

El presente librito trata de unas Jornadas celebradas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación que, con el título arriba señalado, se lle-

varon a cabo en 2007. Las Jornadas estuvieron promovidas por *The Family Watch*-Instituto Internacional de Estudios para la Familia. *The Family Watch* es un observatorio de proyección internacional dedicado al análisis de la realidad social y a la promoción de iniciativas para que la familia reciba el tratamiento y la protección que merece como elemento básico que garantiza el desarrollo equilibrado de la sociedad. El observatorio quiere prestar atención a todas las cuestiones que afectan a la familia desde una perspectiva amplia e interdisciplinar, con la finalidad de detectar los problemas, identificar las dificultades y proponer soluciones. Al tratarse de un observatorio, ésta es precisamente su finalidad: conocer, reflexionar, proponer. Dentro de esta estructura adquiere extraordinaria relevancia el estudio de la familia desde el punto de vista jurídico, por ello hay un grupo de trabajo (*Legal Advisory Board*), orientado directamente hacia la observación de las cuestiones jurídicas que afectan a la familia, en toda su amplitud para conocer, reflexionar y proponer. Entre los aspectos jurídicos de la familia, el matrimonio ocupa un lugar destacado, por no decir preferente, respecto de otras cuestiones; por eso, al iniciar sus actividades en España *The Family Wacht*, en concreto en el ámbito de las ciencias jurídicas, no es de extrañar que haya querido comenzar haciendo un análisis sobre la situación jurídica en la que se encuentra el Derecho de familia español.

Para la preparación de las Jornadas se elaboró un documento de trabajo en el que colaboraron profesionales del Derecho de distintas ramas (abogados, notarios, registradores, catedráticos y profesores de Universidad, magistrados, letrados de las Cortes y políticos), que versaba sobre el tema objeto de estudio, acogiendo cualquier posible discusión o análisis del Derecho matrimonial civil en nuestro país después de las novedades legislativas que se habían producido en 2005, e igualmente para examinar la situación nacional respecto al Derecho comparado. Aunque centrada en el aspecto jurídico, no faltaron apuntes interdisciplinares desde la antropología o la economía, muy sugerentes y bien recibidos, pues hay que tener presente que el jurista requiere un permanente contacto con las ciencias sociales para llevar a cabo su labor de contraste de sus reflexiones, más en un tema como la familia y el matrimonio, de amplias repercusiones y de múltiples facetas, de las cuales el Derecho es sólo una de ellas. En este sentido, el presidente del observatorio, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, señala que hay una necesidad de que los debates públicos acerca del matrimonio y de la familia se realicen a partir de datos y no de meras opiniones, ya que se debe reflexionar sobre la convicción de que el jurista requiere un permanente contacto con las ciencias sociales.

En este volumen se recogen exclusivamente las ponencias de dichas Jornadas, en las que se aborda el tema de manera general y, por tanto, no se ofrecen en todos y cada uno de los puntos discutidos propuestas concretas para mejorar el derecho matrimonial, para situar el matrimonio en el lugar que le corresponde como institución clave en la contribución al bien social.

Cabe destacar el capítulo I, "Documento de trabajo sobre el matrimonio", a modo de explicación de las razones de la existencia del observatorio y de las Jornadas sobre el matrimonio; este documento sirvió de base al desarrollo de las ponencias aquí recogidas, tomando como referencia las últimas reformas legislativas llevadas a cabo, que tanta trascendencia han tenido sobre la familia basada en el matrimonio. En su introducción, el documento también pretende servir para animar al estudio de la distinta problemática que surge a partir de dichas reformas.

El método de exposición se dirige sobre todo a abrir líneas de debate más que a la elaboración de soluciones concretas a los numerosos problemas que se plantean en la legislación. Afectando la materia que se aborda, como el Derecho de Familia en general, a lo más íntimo de la persona, cabe hablar de la existencia de concepciones previas sobre lo que constituye o debe constituir la familia, lo cual condiciona en parte el debate jurídico, oscureciéndolo al depender de la distinta postura que se tome. Sin embargo, el presente trabajo intenta evitar dicha tendencia centrándose exclusivamente en los aspectos estrictamente jurídicos, aplicando técnicas comunes de interpretación y aplicación del Derecho, prescindiendo de argumentos de carácter moral, pero sin olvidar la observación de la realidad social.

Para cumplir con los fines propuestos se estudia primero el Derecho comparado y a continuación el Derecho español vigente, y al final se hace una referencia a los datos sociológicos. Se comienza con el análisis del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho comparado: a nivel internacional, en el ámbito europeo y la perspectiva comunitaria. Se sigue con el Derecho español, en concreto se hace una referencia a la situación previa a la Ley 13/2005, a la incidencia de esta Ley en la legislación de las Comunidades autónomas y al punto de vista constitucional, así como los problemas jurídico-civiles que se producen por la nueva regulación, en gran parte derivados de la técnica simplista empleada por el legislador, que se limita a extender a las uniones homosexuales la regulación del matrimonio preexistente, produciéndose en consecuencia una modificación esencial de la institución que conlleva que las dificultades afecten prácticamente a todo el régimen del matrimonio. En concreto: al consentimiento matrimonial, a la filiación, a la adopción y a las técnicas de reproducción asistida. En segundo lugar se examina la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. El fundamento en que el legislador se apoya para introducir la reforma se centra de manera casi exclusiva en el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado en el artículo 10.1 de la Constitución, si bien fijando nuestra atención en los efectos de la nueva regulación, cabe decir que se ha reducido al máximo el deber-obligación primera de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente previstos en el artículo 68 del Código Civil, que decae en aras al reconocimiento de la plena eficacia del desistimiento unilateral. El régimen de extinción del vínculo resulta tan facilitado que no

existen prácticamente diferencias con la unión de hecho, teniendo esta debilitación del vínculo conyugal indudables repercusiones sobre la estabilidad y sobre los hijos, tal y como se muestra por la sociología.

Finaliza este capítulo con un resumen de las conclusiones a las que se ha llegado sobre los temas señalados, destacando que de la observación del Derecho comparado se deduce que la mayor parte de los países que han regulado las uniones de hecho homosexuales ha optado por hacerlo mediante instituciones diferenciadas del matrimonio; que la técnica empleada por el legislador español para resolver lo relacionado con dichas parejas, consistente en extender a esas uniones el régimen tradicional del matrimonio, plantea dificultades desde el punto de vista de su encuadre en nuestra Constitución, ya que modifica sustancialmente los caracteres esenciales de la institución hasta hacerla irreconocible. Además la modificación de los caracteres esenciales del matrimonio plantea también grandes desequilibrios en el orden jurídico privado, como en el régimen de la filiación, por la imposibilidad de apartarse del orden impuesto por la naturaleza de las cosas. Por tanto, la situación de las parejas homosexuales que quieran regular su unión debería obtener respuesta desde la institucionalización de un régimen jurídico diferente del matrimonio, tal y como sucede en la mayor parte de los países que han regulado este tema y, en todo caso, la solución que se adopte puede aproximar su posición a la de los cónyuges, pero desde el punto de vista de su protección pública, no sobrepasarla, siendo éste un imperativo constitucional. Respecto al reconocimiento de su derecho a adoptar sigue estando latente la tensión derecho a adoptar-derecho a ser adoptado, que debería ser resuelta prevaleciendo el interés del adoptado a desarrollar su personalidad en el seno de la familia natural, y que sin embargo el legislador no ha tenido en cuenta, legislando en sentido contrario. Por otra parte, el examen de la realidad posterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005 demuestra el impacto causado en la estabilidad de las familias, haciendo necesaria quizá una reforma de la reforma.

Los capítulos siguientes (II-IX), con un estilo ameno y ágil, reproducen las ponencias que se produjeron en dicha Jornada, tituladas: “Matrimonio y Derecho”, “La ecología del matrimonio”, “El matrimonio reconstruido”, “Propuestas para una mejor regulación del matrimonio”, “Antropología y Matrimonio”, “La verdad sobre el matrimonio y la familia”, “La política familiar: aspectos económicos”, y como colofón, como si de una película se tratase, el final: “Vértigo ante el abismo”, que dan muestra de la variedad de aspectos que se han tenido en cuenta a la hora de abordar un mismo tema; de la interdisciplinariedad de los autores (canonistas, civilistas, filósofos del Derecho y economistas, notarios) y de los trabajos aquí reunidos, ya que una misma realidad puede ser examinada desde distintos enfoques. Es para mí además muy grato el comentarlo, ya que conozco a varios de los ponentes, sigo muy de cerca algunas de sus labores investigadoras tanto en éste como en otros temas y sé de su prestigio, seriedad y rigor en los planteamientos.

El primero de dichos artículos se debe a Rafael NAVARRO VALLS, “Matrimonio y Derecho”, una aguda observación de la realidad en la que se viene produciendo un exceso de juridización (panjurismo) de todo lo que nos rodea, y por tanto también del matrimonio, frente a la corriente contraria o sociologización (pansociologismo), en expresión de Díez-PICAZO (“Familia y Derecho” en *Anales de Moral Social y Económica*, vol. 55, Madrid, 1985, p. 4). Dicha visión sociológica ha provocado un desorden axiológico matrimonial imperante en la actualidad que se manifiesta en la mayor alteración en la estructura del matrimonio que se conoce en la historia al admitirse su realización entre personas del mismo sexo. Las causas son variadas, pero en opinión del autor surgen del debilitamiento de la conexión entre matrimonio y la procreación y educación de los hijos; la tendencia en los últimos años a concebir dicha institución como algo únicamente relacionado con el sentimiento privado de los cónyuges; el desplazamiento de la familia tradicional por una gran variedad de opciones o distintos caminos familiares posibles; la disminución del índice de fecundidad; el menor número de celebración de matrimonios y el fenómeno de la convivencia “*more uxorio*”, que de ser excepcional ha pasado a considerarse normal. Todo ello influye en lo que se viene a denominar proceso desjuridificador del Derecho de Familia, sobre el que los juristas deben alertar, ya que la desmitificación de las normas jurídicas que protegen el matrimonio suele llevar a menudo a considerarlo simplemente como un hecho cultural y no ético y natural, olvidando que el matrimonio no es un foro donde se negocian derechos, ni es una barrera anticuada y reaccionaria contra la vida sexual promiscua; tampoco consiste en hacer cálculos de costos y beneficios, sino que de lo que se trata es de un compromiso.

“La ecología del matrimonio” es el sugerente título que ha puesto la catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado, María BLANCO, a su ponencia, que parte de la consideración de que el matrimonio tiene su verdad, que se deduce de la realidad sexualmente diferenciada del hombre y de la mujer, con sus profundas exigencias de complementariedad, de entrega definitiva y de exclusividad, y sólo a partir de esa unidad dual de la pareja humana se puede elaborar una auténtica antropología del matrimonio siguiendo las palabras de Benedicto XVI en su “Alocución a la Rota Romana” el 27 de enero de 2007.

La juridicidad del matrimonio residiría para la autora en la naturaleza del vínculo conyugal, que tiene un hondo sentido ontológico, no siendo el matrimonio un producto cultural, sociológico o legal, sino una realidad natural que no depende de la voluntad cambiante de hombres y mujeres en cada período histórico, de ahí que se haga necesario redescubrir cuál sea la naturaleza (ontología) o ecología de dicha institución; el matrimonio, aunque exista una noción legal del mismo, es preexistente y anterior a cualquier legalización. A pesar de ello, observa que en los ordenamientos occidentales actuales (deudores por tanto de la tradición canonista en la regulación del matri-

monio) se produce una especie de paradoja que consiste en pedirle al Estado que defina el matrimonio, el cual, al hacerlo, no tiene en cuenta los parámetros naturales que lo constituyen, introduciendo sólo aspectos puramente legales o de hecho y en donde cabe todo tipo de relación afectiva. Se llega a considerar el matrimonio como una pauta de comportamiento o dato de la sociología reconocido por la ley. Se olvida que no fue creado un concepto de matrimonio por los romanos, como lo fueron los conceptos de dolo o contrato, sino que fue asumido lo ya existente. No es tarea del Estado definir qué es el hombre o la naturaleza o el matrimonio, sino organizar, siguiendo criterios de justicia y equidad, los diferentes efectos jurídicos del pluralismo de fenómenos sociales de convivencia, en palabras de VILADRICH (“La definición del matrimonio”, en *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, 2001, p. 228). Las competencias del Estado en esta materia deberían centrarse exclusivamente en aceptar el momento de su constitución, del nacimiento del vínculo, cómo lo establecen las confesiones religiosas y prever una forma determinada para los que deseen contraerlo al margen de ellas. Destacan los razonamientos que hace la autora en torno a las propiedades esenciales del matrimonio (unidad e indivisibilidad) y sus propuestas respecto a la protección jurídica que debe dispensársele al tratarse de una exigencia del bien común, familiar y social y formar parte de lo que se considera la *verdad original* del matrimonio, su naturaleza y su estructura (causa = pacto, esencia = vínculo, fines = efectos).

En el capítulo IV, el profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE trata sobre “El matrimonio deconstruido”. Partiendo del planteamiento que le brindan las Leyes 13 y 15 de 2005, que suponen un hito en la evolución del Derecho matrimonial español, examina los rasgos de un proceso que lleva a lo que denomina la deconstrucción del matrimonio civil, que ahora se basa en un modelo no comprometido jurídicamente e institucionalmente inestable por distintas razones: haberse introducido la posibilidad del divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges sin necesidad de alegar causa alguna; la desaparición de las obligaciones de los cónyuges como tales obligaciones (lo que dificulta la posibilidad de ofrecer un concepto de matrimonio civil que sea realmente útil para diferenciar un verdadero matrimonio de uno de complacencia o simulado); introducir un modelo sexualmente neutro que incluye tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales, quedando desligado casi por completo de cualquier relación con la procreación.

En la vigente regulación, los deberes conyugales (vivir juntos, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente, compartir las tareas domésticas y el cuidado de las personas dependientes a su cargo, respetarse, ayudarse y obrar en interés de la familia), con la única excepción del deber de socorro en su vertiente patrimonial, carecen prácticamente de relevancia jurídica, ya que su incumplimiento no provoca casi ninguna consecuencia jurídica, de ahí que el autor considere que se tienda a calificar dichos deberes como de naturaleza

exclusivamente ética, moral o social, pero no como obligaciones estrictamente jurídicas, por lo que en su opinión eso se parece más a una sociedad que a un matrimonio. El incumplimiento de alguno de esos deberes previstos en los artículos 67 y 68 del Código Civil, por uno de los cónyuges, no se ve sancionado ahora (tras la reforma de 2005) por el reconocimiento al otro cónyuge de la facultad de solicitar la separación y el divorcio con base en ese incumplimiento, como se preveía en la anterior regulación al poder invocarse los artículos 82 y 86 del Código Civil especialmente, que regulaban las causas de separación y divorcio. En concreto, el artículo 82.1, final, consideraba como causa de separación la violación grave y reiterada de los deberes conyugales, e igualmente el 86.3.b) tenía en cuenta para solicitar el divorcio que se acreditase, al iniciarse la separación de hecho, que el otro estaba incurso en causa de separación, una vez transcurridos los plazos legalmente establecidos, lo cual no podía hacer el cónyuge incumplidor. En el régimen ahora en vigor, tanto la separación como el divorcio han dejado de ser causales; dependen exclusivamente de la voluntad de uno cualquiera de los cónyuges, siendo irrelevante a estos efectos que haya o no incumplimiento de los deberes conyugales, y de si quien pide la separación o el divorcio es el cumplidor o el incumplidor.

Respecto de la posibilidad de solicitar una indemnización por el daño básicamente moral, causado al cónyuge cumplidor por el incumplimiento en base al artículo 1101 del Código Civil o el más genérico, 1902, cabe tener en cuenta la doctrina de nuestro TS, que la rechaza expresamente, sobre todo en su sentencia de 30 de julio de 1999, en relación con el deber de fidelidad. En opinión del autor, si la única consecuencia jurídica de la infracción del deber de fidelidad era, siguiendo el tenor literal de dicha sentencia, la de constituir causa de separación (e indirectamente de divorcio), la desaparición de dichas causas priva a dicha infracción de cualquier consecuencia jurídica, o lo que es lo mismo, dejaría a los deberes conyugales (salvo el de socorro mutuo, en su vertiente patrimonial) vacíos de contenido jurídico, afirmando que unos deberes cuyo incumplimiento carece de consecuencias personales y patrimoniales, y cuya subsistencia depende exclusivamente de la voluntad del obligado que puede hacerlos desaparecer recurriendo al divorcio, no son verdaderos deberes desde el punto de vista jurídico, ya que a nada obligan, en realidad. De ahí que considere el autor que el matrimonio civil, hoy, es la unión entre dos personas con intención, pero sin obligación, de vivir juntas, guardarse fidelidad, respetarse, actuar en interés de la familia y compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de las personas dependientes, durante tres meses (que es el tiempo previsto por la ley para poder solicitar el divorcio tras el matrimonio), y a partir de ahí mientras quieran hacerlo. Si ese *animus* no está presente, entonces no habrá consentimiento matrimonial, y el matrimonio será nulo. Esto tiene a su vez una consecuencia, y es que de la misma manera que se produce una especie de difuminación de la institución matrimonial misma, paralelamente se produce una especie de vacío del

contenido del consentimiento específicamente matrimonial. Si a ello añadimos la apertura de la forma matrimonial civil a parejas del mismo sexo, la distancia entre matrimonio civil y procreación crece notablemente, quedando afectada la estructura misma de la unión, que prescinde de la heterosexualidad. Esta situación la denomina deconstrucción del matrimonio; el matrimonio pasa a ser más bien una forma y una inercia legal. Por tanto, si se atiende a los diferentes modelos de familia presentes en nuestra sociedad se observa por un lado el matrimonio civil de “nuevo diseño” regulado por el legislador con las características que se han aludido (legal, deconstruido), y por otro el matrimonio de siempre, “natural” o tradicional (entre hombre y mujer, cuyo vínculo no suele disolverse hasta la muerte de uno de ellos y fruto de cuya unión son los hijos comunes); además se plantea sobre la existencia de un tercer tipo, el matrimonio “social”, el cual sería una especie a partir del punto de conexión entre los tipos referidos anteriormente, un matrimonio que se rige legalmente por las reglas de un matrimonio civil deconstruido, pero que se presenta y funciona como un matrimonio natural.

Finaliza el autor, a modo de diagnóstico, con la percepción de que el Derecho de Familia ha perdido su vigor teleológico, al perderlo las instituciones base sobre las que se asienta, por lo que hay que recuperar ese vigor en cuanto a los fines del matrimonio y recordar las razones por las que el Derecho se preocupa del matrimonio y de la familia; replantearse el ¿por qué un Derecho sobre la familia? y ¿para qué un Derecho sobre la familia?, teniendo en cuenta que los datos aportados por la sociología, la economía, la biología, la psicología o la medicina, demuestran que hay modelos familiares y matrimoniales que funcionan mejor que otros desde el punto de vista social, sin olvidar la idea de la diversidad existente entre los modelos familiares existentes, que es estructural y funcional y que debería traducirse en diversidad jurídica. Al mismo tiempo habría que determinar qué modelos tienen una mínima funcionalidad social y precisan de una específica regulación, diseñando después un cauce particular para cada uno de tales modelos de acuerdo con las características que les sean propias; pero conviene también recuperar el modelo matrimonial imperante en la sociedad dotándole de nuevo vigor en cuanto a sus fines. Recuperar el sentido y contenido jurídicos del matrimonio parece ser el reto inminente para los estudiosos del Derecho matrimonial, y en ese sentido las propuestas del autor son de gran interés: reservar el término matrimonio para las uniones heterosexuales (de manera que aquellas otras uniones que se entienda precisan de específica regulación jurídica deberían tener un cauce institucional propio diferente y adaptado a sus peculiaridades estructurales y funcionales, evitándose de esta manera la homogeneización legal de dos realidades diferentes, tal y como lo han hecho Alemania o Inglaterra); distinguir (por lo menos para determinados efectos jurídicos como la presunción de paternidad del marido) entre matrimonios contraídos por personas del mismo sexo y los contraídos por personas de diferente sexo; no sólo permitir, sino potenciar la opción voluntaria por un tipo de matrimo-

nio estable (como lo han hecho varios estados de los Estados Unidos) caracterizado por el compromiso que asumen los cónyuges de resolver sus controversias sin acudir al divorcio, limitándose a su vez las causas legales del mismo; la no regulación legal de las uniones de hecho por no querer ser reguladas. Conozco algunos de estos planteamientos, pues he leído en parte la bibliografía señalada al final de su trabajo, bibliografía que, como bien señala el autor, es casi inabarcable, dejando indicado cuál le ha resultado especialmente útil para conformar y, en otros casos, confrontar su pensamiento sobre dichas cuestiones, lo cual es de inestimable valor para el investigador de Derecho de familia.

A continuación, la profesora GARCIMARTÍN MONTERO (M.^a del Carmen) esboza sus “Propuestas para una mejor regulación del matrimonio”, partiendo de la necesidad de reflexionar sobre la regulación del matrimonio tras las modificaciones de los últimos años, que han alterado esta institución de manera especial. Y lo hace desde la consideración de que, aunque el fenómeno no es exclusivo de España, sí lo son la radicalidad de dichas reformas en comparación con las llevadas a cabo en la mayor parte de los países de Europa y América. Considera que en el debate sobre la orientación que debería seguir en el futuro el Derecho matrimonial hay que tener en cuenta que una de las dificultades a la hora de formular propuestas concretas de modificación del mismo se halla en que en ellas intervienen razones no sólo de conveniencia jurídica, sino también de oportunidad política (por lo que podría ser útil examinar algunas iniciativas de sistemas jurídicos extranjeros, que ponen de manifiesto una serie de tendencias en este ámbito sobre las que se puede reflexionar y en su caso tener en cuenta). Poniendo el ejemplo de los matrimonios entre personas del mismo sexo, que es uno de los temas más conflictivos de los últimos años tanto en un gran número de países de Europa occidental como de Norteamérica, hay que observar distintos resultados. En Estados Unidos, actualmente, cuarenta y cuatro de los cincuenta estados tienen disposiciones jurídicas que definen el matrimonio como la unión de un hombre y de una mujer, y también a nivel federal se aprobó una ley disponiendo que en todas las normas federales la expresión “matrimonio” ha de ser entendida como una unión monogámica heterosexual, e incluso las resoluciones más recientes de los Tribunales Supremos de los estados han reconocido que la delimitación conceptual del matrimonio es un tema tan importante que no puede resolverse por los tribunales de justicia, sino por la voluntad del pueblo, por lo que se deniega la autorización para celebrar matrimonios entre parejas de homosexuales, e incluso se ha propuesto, aunque sin éxito, la modificación de la Constitución de los Estados Unidos para incluir una definición del matrimonio que haga referencia expresa a la unión de un hombre y una mujer. Lo mismo viene ocurriendo en otros países, como la Unión Soviética, donde se puede observar una tendencia a introducir en los textos legislativos (e incluso en la Constitución) una definición del matrimonio, pues se hace necesario establecer unos límites a la nueva construcción legal des-

provista de relación directa con la realidad natural o biológica y para evitar que ciertas demandas sociales, hoy contrarias al orden público (como es el caso de la poligamia), penetren en los ordenamientos con justificaciones similares a las tenidas en cuenta a la hora de dar entrada a los matrimonios entre personas del mismo sexo; precisamente éste es otro de los temas más debatidos por los poderes públicos junto al anterior, aunque por el momento hay una toma de postura más clara. En Italia, una *Carta de valores de la ciudadanía y de la integración* de 2007 recoge los valores y principios que deben respetar todos aquellos que vayan a vivir en ese país: se prohíbe la poligamia (el matrimonio es monógamo apelando a los principios afirmados por las instituciones europeas y destacando que se trata de una institución opuesta a los derechos de la mujer, pero no se dice nada sobre la posibilidad o no de matrimonio de una pareja homosexual). En Holanda, a pesar del controvertido caso De Bruijn en 2005, no se han tomado medidas contra la unión múltiple; en Francia, cada vez resulta más complicado hacer efectivas las normas que la prohíben, por lo que puede afirmarse que en general se observa mayor reticencia, por parte de los ordenamientos, a la admisión de la poligamia que a la del matrimonio homosexual, lo cual puede producir estupor desde la óptica de ciertas autoridades islámicas que reclaman dicha legitimación en los países donde tradicionalmente no se ha practicado, alegando a su favor razones de integración social y de aceptación de la diversidad cultural de los países receptores de grandes masas de inmigración. Y ciertamente, como señala la autora, una vez que la ley ha prescindido de los límites propios del matrimonio no es fácil delimitar su regulación.

El otro elemento del matrimonio que resulta ampliamente cuestionado es el relativo a la indisolubilidad, a pesar de ser unánime el reconocimiento de la necesidad de promover la estabilidad de las uniones matrimoniales; es por ello que surgen distintas iniciativas en este sentido, como son el matrimonio-alianza, regulado en algunos estados de Norteamérica, y cuyo origen se halla en una propuesta de matrimonio opcional indisoluble presentada en 1947 por H. MAZEAUD, en el seno de la comisión reformadora del Código Civil francés, idea que, aunque no prosperó, fue recogida posteriormente por los autores para aplicarla al Derecho norteamericano. Aunque su éxito es limitado y su futuro incierto constituye un gran avance, y verdadera innovación en las tendencias legislativas al ser la primera medida adoptada en ese país en más de doscientos años, teniendo en cuenta además que el matrimonio norteamericano nunca ha sido indisoluble. En nuestro país, una propuesta similar la llevó a cabo A. DE FUENMAYOR hace años; sin embargo, aunque no es totalmente rechazable, resulta preferible optar en la situación actual por la promoción de medidas como la mediación familiar, que hicieran desistir a los cónyuges del recurso a la disolución matrimonial en los casos de crisis, que es la recomendada por el Comité de Ministros de la Unión Europea a los Estados miembros, debido a las consecuencias perjudiciales que producen los conflictos para las familias y el elevado coste social y económico a los Es-

tados. La mediación familiar es una medida tendente a la restauración de la plena comunidad de vida más que a la ruptura del vínculo. Otra iniciativa es la elaborada por la Comisión de Derecho canadiense en 2001, que proponía la supresión del matrimonio como institución autónoma, sustituyéndola por un sistema de registro al que podría acceder cualquier tipo de unión personal, matrimonial o no, pero no se ha avanzado en este sentido. Por otra parte, las uniones de hecho quedarían fuera del ámbito matrimonial en sentido estricto, aunque nada impediría al legislador regularlas con las características y efectos que considere conveniente, o de manera paralela al matrimonio, pero sin llamarlas igual, algo en lo que insiste la autora, ya que de otra manera se estaría ante un verdadero fraude por el menor nivel de exigencias que conlleva dicha relación.

La siguiente ponencia, a cargo de la profesora M. ELÓSEGUI, aborda desde una honda perspectiva filosófica y jurídica algunos aspectos relacionados con la cuestión de la igualdad y diferencia entre los sexos y sobre las razones antropológicas y jurídicas de la heterosexualidad en el matrimonio civil. Bajo el sugestivo título de "Antropología y matrimonio", la autora propone a juristas, filósofos y teólogos la necesidad de repensar y construir un nuevo modelo de relaciones entre los sexos hombre y mujer en el matrimonio que pueda fundamentar, desde una antropología de la sexualidad, la igualdad y diferencia entre los sexos, siendo la propuesta en sentido positivo. Los argumentos a favor de la heterosexualidad como requisito esencial para contraer matrimonio deben ser antropológicos y jurídicos reforzados por otros como los económicos, sociológicos o sanitarios; en definitiva, lo que señala la autora con muy buen sentido es que lo que necesita el Derecho para seguir defendiendo la heterosexualidad es una nueva antropología de la sexualidad y de la afectividad; el Derecho civil y el ordenamiento jurídico en general tienen pendiente incorporar una correcta antropología de la igualdad y la diferencia.

Parte de la necesidad de superar dos errores existentes en nuestra sociedad que consisten en considerar exclusivamente la diferencia entre hombre y mujer, creando mundos separados, lo que da lugar a la subordinación de la mujer al varón, y en intentar borrar las diferencias biológicas entre los sexos, entre naturaleza y cultura, considerando que la nota de heterosexualidad no es exigible para el matrimonio. Superando estas posturas se llegaría a un modelo de relación entre los sexos basado tanto en la igualdad como en la diferencia. En este debate y en la antropología de la sexualidad, en palabras de la autora, que señale las diferencias donde las haya y la igualdad donde la hay, se hace imprescindible utilizar la categoría de análisis intelectual de sexo y género, porque, con independencia de que el término haya surgido desde una determinada antropología (Queer), refleja el eterno debate presente en la Filosofía y el Derecho sobre lo permanente y lo cambiante, lo inmutable y lo sujeto a cambios sociales. La cuestión, desde el punto de vista científico, trata sobre la definición que se dé a esos términos y el modelo que se mantenga de relación entre sexo (lo dado) y género (lo cultural), a sabiendas de

que en los humanos es prácticamente imposible separar matemáticamente entre lo biológico y lo cultural, ya que las necesidades biológicas se culturizan o humanizan. De los distintos modelos que se tomen para dar una definición dependerá la concepción jurídica del matrimonio y de la familia. La llamada ideología de género es tan sólo una de las variadas posibles interpretaciones, pero no la única, aunque sea la mantenida en conferencias de Naciones Unidas y se haya propagado como la pólvora. Pero no se puede construir una adecuada antropología de la igualdad de los sexos si se hace a la defensiva, fijándose sólo en las propuestas del feminismo radical o de los defensores de la homosexualidad.

Llama la atención el desafío intelectual que propugna la autora para buscar nuevas respuestas, puesto que la fundamentación antropológica y jurídica de los modelos anteriores iusnaturalistas era deficitaria y criticable y también la basada en movimientos tan distintos como el marxismo, anarquismo, posmodernismo, deconstruccionismo, surgidos de corrientes filosóficas que arrancan de los siglos XIX y XX; por ello considera que cabría construir una nueva antropología de la sexualidad y de la afectividad siguiendo, por ejemplo, el pensamiento filosófico de K. WOLFF. No hay que olvidar, sin embargo, a la hora de construir el concepto de matrimonio, que en la actualidad impera el modelo que sostiene que la heterosexualidad no es la nota relevante, lo que supone defender uno de los modelos más radicales de los enumerados más arriba. Tesis mantenida por uno de los movimientos contraculturales realizados desde corrientes de transexuales que abogan por una deconstrucción-reconstrucción del Derecho desde el transgenerismo, la llamada teoría Queer, en cuyos planteamientos la jurisprudencia del TJCE y del TEDH coincide por sorprendente que pueda parecer, y que busca conscientemente cambiar los paradigmas jurídicos yendo más allá de las ideas de ciertos filósofos. Consciente la autora de que no todos estamos al día de los últimos movimientos filosóficos, señala bibliografía a pie de página muy ilustrativa. Quisiera poner de relieve su original visión en el planteamiento del tema que se propone, pues aunque seguramente hemos pensado sobre todo ello en ocasiones, necesitaba ser expuesto de manera ordenada, con rigor científico, y sus reflexiones finales sobre la necesidad de profundizar en los temas de corresponsabilidad y de conciliación entre vida familiar y laboral; hay que trabajar e investigar para buscar soluciones y buenas prácticas en las empresas (como hace el IESE), profundizar también en la legislación positiva sobre igualdad entre hombres y mujeres (como la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres), y abrirse a las soluciones que se están creando desde los servicios sociales en las Administraciones Públicas, como las políticas que fomentan la conciliación y el cuidado de personas dependientes, y a nuevas ideas promovidas por investigadores que ya trabajan sobre estos temas en el ámbito de la Universidad pública y privada, y a superar la incomunicación existente al plantear los temas de la familia desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres por ambos interlocutores.

Las siguientes páginas corresponden al notario de Madrid don Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA, que con el sugerente título “La verdad sobre el matrimonio y la familia” aporta algunas ideas en torno al matrimonio y lo que no lo es y respecto a la economía familiar, muy bien argumentadas, que resultan fuertemente convincentes por la objetividad de sus planteamientos. Considerando que los economistas han dirigido su atención hacia la familia no hace muchos años, no se tiene hasta 1981 (BECKER, *Tratado sobre la familia*) un análisis económico moderno de temas como la fecundidad, que pone de manifiesto que la demanda de hijos depende de la renta de la familia, del valor del tiempo de los padres y de otras variables relevantes para la familia; además los estudios de la inversión en capital humano consideran los gastos privados en educación como inversiones en la productividad de sus hijos. El autor considera muy a tener en cuenta, en el campo de la cooperación dentro de la familia, la teoría de los juegos de Nash (el Nobel protagonista de la película *Una mente maravillosa*), con su análisis matemático del equilibrio y de las estrategias combinatorias en situaciones tanto de cooperación como de conflicto. Las relaciones económicas existentes y variadas dentro de la familia no pueden contemplarse ni desde una perspectiva exclusivamente económica, ni desde la perspectiva jurídica tradicional, que no tiene en cuenta la realidad, sino aunar ambas visiones para considerar adecuadamente el régimen económico de la sociedad de gananciales después de la reforma de 1981. Conviene tener en cuenta un cierto espíritu económico empresarial en dichas relaciones entre cónyuges, no estando el régimen legal del Código Civil, en su opinión, a la altura de la realidad actual, siendo en la actualidad digno de destacar el esfuerzo de los prácticos del Derecho respecto a cuál sea ese posible diseño del sistema económico-matrimonial que se adapte a la realidad de cada economía matrimonial y a cada matrimonio concreto.

Como conclusión de su exposición aboga por la posibilidad de la familia como empresa, trayendo a colación el pensamiento del Nobel de Economía 1992, BECKER, respecto a las ventajas derivadas de la familia tradicional al reformular su propia teoría del comportamiento del consumidor: los hogares familiares hay que contemplarlos no sólo consumiendo, sino produciendo e invirtiendo racionalmente; producen bienes básicos e invierten en ellos mismos. Frente al “no me hable de valores familiares, soy progresista”, tan en boga hoy, plantea el autor la consideración de que la unión de hombre y mujer ha de tener un proyecto común, prevalecer el interés de la familia sobre el individual, sin olvidar el aporte de sociabilidad que para sus miembros representa la familia; la consideración de que la mayor parte de los niños nace de los matrimonios, que los educados dentro de una familia estable suelen ser mejores ciudadanos y generan por tanto menor gasto público, en prevención y represión de la delincuencia, que los nacidos en familias rotas o inexistentes, es una realidad constatada. Por último, el autor realiza unas afirmaciones manteniendo la postura respecto a la familia empresarial y la empresa familiar, que defiende con convicción: es posible cuando existen unos

valores familiares claros que se comparten y prevalecen siempre entre los miembros, y cuando todos los implicados saben a qué atenerse por haberse educado en ese espíritu en el que persisten, prevaleciendo, por tanto, el interés de la empresa familiar; cuando una familia se compromete en la empresa plasma responsablemente tal compromiso, lo vive y lo cumple. En resumen: cree en una empresa que sabe hacer rentable los valores superiores de la familia, no olvidando desde luego la también realidad constatada de que en España, caso de Protocolo Familiar, es la familia la que ha ayudado siempre en los momentos de crisis económica a paliar sus consecuencias.

La última ponencia enfoca el estudio de la familia desde la teoría económica. Francisco CABRILLO, catedrático de Economía aplicada de la Universidad Complutense, en "La política familiar: aspectos económicos", aplica la microeconomía al estudio de la familia. La teoría económica actual, en cuanto considera la familia en relación directa con el comportamiento de la estructura del consumo o la oferta del trabajo, analiza sus cambios como consecuencia de las variaciones experimentadas por la tecnología y los cambios en determinados precios relativos, principalmente el del precio sombra del trabajo doméstico. Señala los trabajos de BECKER, mencionados anteriormente, como referencia obligada para comprender el desarrollo de estos modelos; su punto de partida es una función de utilidad donde se encuentran, además de las mercancías de consumo tradicional, otros bienes, como los hijos, el prestigio y la estima social y, en general, todo un conjunto de bienes que no pueden adquirirse directamente en el mercado y son producidos en los hogares. A partir de ahí se utilizan los recursos de la microeconomía básicos para estudiar los emparejamientos, las formas del contrato matrimonial, el divorcio, la demanda de hijos, el altruismo en la familia y la evolución de esta institución. Si la teoría tradicional parte de un modelo en el que una persona sólo tiene dos opciones a la hora de decidir qué hacer con su tiempo (trabajar o dedicarlo al ocio, siendo uno de los problemas económicos básicos determinar el número de horas que dedicará a cada uno de los dos grupos de actividades), la incorporación al modelo de aquellas actividades que, como el trabajo doméstico, no son ni de producción para el mercado, ni de consumo, complica y a la vez enriquece el sencillo esquema planteado; ahora se trata no sólo de elegir entre actividades de trabajo remunerado y ocio, sino de buscar la forma más eficiente de satisfacer las necesidades básicas, que pueden ser cubiertas mediante el trabajo doméstico o mediante bienes y servicios adquiridos en el mercado.

Merece destacar el planteamiento del autor en relación con la política familiar, entendiendo por ella el conjunto de medidas dirigidas a crear incentivos tendentes a posibilitar un crecimiento de la tasa de natalidad (sean leyes, provisión de cargos públicos o recaudación-exención de impuestos); esta idea, creada por el poder público y mantenida en todas las épocas, se basa en la consideración de que existe relación directa entre el poder de una nación y el número de sus habitantes. Y en ese sentido puede observarse una línea

continúa en la historia del pensamiento político y económico que relaciona directamente las variables población y poder (piénsese en las Leyes matrimoniales de Augusto en el siglo I de nuestra era y en algunas leyes actuales). Si la teoría económica de la familia es un campo de investigación todavía relativamente joven, el análisis económico de las políticas familiares que se han ido llevando a cabo resulta todavía más nuevo. Habrá que abordar dos grandes temas: por una parte, analizar las respuestas de los agentes económicos a los estímulos externos que suponen las diversas medidas de política familiar y, por otra, evaluar las políticas familiares (lo cual resulta muy complejo, ya que se mezclan con políticas de carácter social dirigidas a lograr una redistribución más igualitaria de la renta, pero que tienen indudables efectos sobre la organización familiar, ya que modifican el coste de oportunidad de la maternidad y crean incentivos a determinados comportamientos en el seno de la familia). Dicha evaluación debe intentarse y debería constituir uno de los pilares en los que se basaran las decisiones del sector público en este campo. Por ello, un tema clave en la actualidad es el papel del Estado ante los cambios experimentados por la familia en los últimos tiempos, ya que la actividad pública puede ser diversa. El Estado moderno ha desempeñado un papel positivo en cuanto que ha hecho desaparecer prácticamente todas las restricciones que existían sobre muchos tipos de comportamiento en el seno de la familia (por ejemplo, la discriminación legal de la mujer, o la posibilidad del divorcio), pero no ha puesto en marcha un plan activo en relación con la familia; más bien se ha limitado a suprimir limitaciones que hoy se consideran inaceptables, por lo que podría exigírsele algo más que simples reformas legislativas (aunque ciertamente éstas repercutan en el desarrollo de las instituciones sociales produciendo dosis de bienestar). Se trataría de subvencionar o favorecer fiscalmente a las familias, lo cual formaría parte de un programa social dirigido a elevar el nivel de vida de los grupos con menos recursos económicos, pero a la vez animaría a elevar la tasa de fecundidad si se considera que es demasiado baja. Aunque ambos objetivos suelen ir unidos, forman parte de políticas muy diferentes, y si se busca, por ejemplo, elevar la tasa de fecundidad, la ayuda a las familias no debería estar condicionada por el nivel de renta de las familias.

Resultan de gran interés las propuestas que hace el autor en relación con la introducción de posibles cambios en la política del Estado debido a la estructura social existente en la actualidad, diferente de épocas pasadas; se observa el crecimiento de hogares monoparentales, cuyo cabeza de familia es generalmente una mujer, y la constatación de nuevas formas de pobreza, a veces fomentadas por políticas públicas inadecuadas, por lo que quizá convendrían programas de ayuda que premiaran, no la pobreza, sino los esfuerzos por salir de ella, lo cual resultaría mucho más eficaz e impulsaría a muchas personas a salir de la dependencia de la Seguridad Social y del círculo vicioso de la miseria.

A la hora de establecer ayudas públicas a las familias, es importante determinar si con ellas se estimula o no la generación de efectos externos positivos y sólo en ese caso proponerse. Este tratamiento favorable se basa en la idea de que la existencia de matrimonios y familias estables genera beneficios al conjunto de la sociedad, por lo general las familias estables constituyen un factor importante de integración social. Frente a ella, la nueva familia de nuestros días refleja los cambios que se están dando en la economía y la sociedad; está teniendo influencia en la organización de las actividades de producción y consumo y, aunque debe ser ayudada, el sector público debería permitir que estos cambios sigan su curso natural y analizar cuidadosamente sus programas de ayuda a la familia para conseguir con ellas mejoras reales en el bienestar de la sociedad.

Con “Vértigo ante el abismo”, como si de una superproducción cinematográfica se tratase al más puro estilo hollywoodense (así lo expresa el propio autor), se despide esta obra que me permito recensionar, cuyo colofón bien pudieran ser las palabras del profesor GARCÍA CANTERO: Hay que superar el vértigo inicial que las Leyes 13 y 15 hayan podido ocasionarnos, para a continuación reaccionar.

Haciendo una recapitulación sobre las reformas llevadas a cabo por las Leyes 13 y 15 de 2005, que introducen algo rigurosamente inédito entre nosotros, como es el matrimonio homosexual, pasa a considerar que estamos asistiendo al final de una antigua pugna entre la Iglesia y el Estado por la atribución de competencias sobre el matrimonio de unos mismos súbditos; lucha que comenzó hace mucho tiempo con una cierta victoria a favor de la secularización en los días de la Revolución francesa. Así queda establecido prácticamente en nuestro siglo el siguiente esquema: matrimonio civil con posibilidad de ser disuelto por mutuo disenso o en base a otras causas civiles, a pesar de la reacción por parte de las sociedades mayoritariamente católicas. La experiencia demuestra que los intentos que se han llevado a cabo en los distintos países, de conservar en lo posible la concepción católica del matrimonio, tienen eficacia tan sólo temporal. Hoy prácticamente en todo el mundo está presente el divorcio. Los Estados soberanos han recuperado plenamente sus facultades legislativas sobre el matrimonio tal y como venían reclamando desde hace tiempo y el problema que se plantea en la actualidad es que muchos de estos países niegan la posibilidad que tienen las diversas Iglesias para reglamentar el matrimonio de sus fieles; o niegan rotundamente en sus ordenamientos el valor debido a las decisiones religiosas sobre el matrimonio, o se limitan (en caso de haber firmado acuerdos o Concordatos) a reconocer efectos civiles al matrimonio religioso. Tan sólo un reducido grupo de países, que aplican el llamado estatuto personal para las relaciones personales, reconocen efectos directos a las normas canónicas sobre matrimonio.

A través de distintos razonamientos, concluye que la realidad demuestra que las últimas reformas familiares llevadas a cabo se han debido en buena parte a grupos ideológicos, minoritarios en la sociedad, pero hábiles en pre-

sentarlas como progresistas frente a la concepción anterior denostada por arcaica y patriarcal. Al jurista creyente parece que le queda poco más que conformarse al comprobar que la ley civil se aleja de la institución matrimonial y la familia en su concepción natural. Sin embargo, para el autor, no es el momento de tirar la toalla, sino de actuar. Las propuestas irían por un doble camino: por una parte, someter a profundo análisis crítico la actuación del Estado en los últimos siglos en relación con el matrimonio y la familia y exigir en su caso que ejercite sus facultades protegiendo dichas instituciones (de la misma manera que hace con otras), lo que no se lleva a cabo en absoluto con legislaciones permisivas o más bien incentivadoras del divorcio. El Estado no puede permanecer indiferente frente al incremento de las rupturas matrimoniales o ante la falta de iniciativa de sus ciudadanos a contraer matrimonio, sino actuar en sentido contrario propiciando el matrimonio y la familia, células base de nuestra sociedad, y en donde nacen y se educan la mayor parte de los hijos. Es posible que las investigaciones en el campo de la Sociología de la familia demuestren los razonamientos del autor en cuanto al rumbo equivocado que parece seguir el legislador actual.

La segunda parte de la propuesta consistiría en combatir las ideologías cuya puesta en marcha muestran los efectos negativos que se producen en el matrimonio y la familia. Ello exige animar a los especialistas para la realización de estudios serios sobre las mismas, sobre sus postulados y procedimiento de actuación, posibilitando que sus estudios lleguen a conocimiento de los que se dedican al Derecho de familia, para en su caso desenmascarar a quienes en absoluto están a favor del matrimonio y de la familia, sino que resultan ser seguidores de modelos culturales que reivindican una transformación poshumana de nuestra sociedad (según la teoría Queer), rompiendo las claves comunes de entender la sexualidad y el Derecho de familia.

Por último, y sirva también para finalizar este resumen, señala el autor la conveniencia de que existan centros e instituciones como este observatorio, que ofrezcan material muy cuidado y documentado donde se recojan nuestras raíces y señas de identidad sobre la concepción de la familia basada en el matrimonio y sobre la verdadera imagen de este último desfigurada conscientemente en la reciente normativa, algo sobre lo que creo que todos estamos convencidos.

M.^a Lourdes Martínez de Morentin Llamas

*Profesora Colaboradora. Derecho Privado
Universidad de Zaragoza*

A propósito del Derecho Privado Romano del profesor Dr. D. Antonio Fernández de Buján. Iustel. Madrid, 2008, 1.^a edición, 375 páginas.

La misión del Derecho romano es precisamente la de educar al jurista mediante la consideración histórica de la más grande experiencia jurídica de todos los tiempos, mediante el uso familiar de una cultura y una libertad que le capaciten para manejar y superar su propio Derecho positivo (1); por ello, es importante, hoy en día, lograr en las explicaciones un equilibrio entre historia y sistemática actual (2). Por otro lado, como apunta el profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN (3), el Derecho romano cumple un papel esencial en la reconstrucción del futuro del Derecho comunitario europeo y, a su vez, constituye un punto de unión entre el Derecho europeo y el Derecho iberoamericano.

Es menester que nuestros libros en conjunto no metan las instituciones en una especie de inventario frío y seco, sin lugar ni tiempo para los matices, las cualidades y los tonos. Preciso es que tales libros adoctrinen sobre el significado íntimo, largo y general, del Derecho romano (4). Por ello, preciso es que en exposiciones de tal tipo se ofrezca noticia cierta de algo que importa sobremanera al jurista de hoy (5), dada la transcendencia y el valor propedéutico que ostenta el Derecho romano (6). A tal fin contribuye la obra del profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN en este manual de Derecho privado que ve ahora la luz y que tengo el honor de reseñar.

(1) D'ORS, A.: *Sobre el valor formativo del Derecho romano, Papeles del Oficio Universitario*, Madrid, 1961, pp. 159 y ss.

(2) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Clasicidad y utilidad del Derecho Romano", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 6, 1987, p. 57.

(3) *Ibíd.*, p. 57.

(4) BURDESE: "Considerazioni sull'insegnamento attuale del Diritto Privato Romano", *SDHI*, 1979, pp. 602 y ss.

(5) PÓLAY: "L'insegnamento del diritto romano nei paesi socialisti", *Index* 1, 1970, pp. 150 y ss.

(6) La intersección del Derecho romano y el Derecho vigente no se produce en una esfera ideal, sino en el mismo campo de la praxis jurídica diaria; *vid.* REINOSO BARBERO, F.: "Vigencia del Derecho romano: principios generales del Derecho", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 6, 1987, pp. 59 y ss.

En esta obra, el autor, con amplio rigor científico, como corresponde a su reconocido prestigio, aporta al estudiante que queremos formar una perspectiva novedosa, al mantener a lo largo de su exposición la confrontación de fuentes romanas y el Derecho positivo vigente. De esta forma, se refleja la importancia de la milenaria evolución del Derecho romano ulteriormente continuada por la sucesión de la tradición romanística hasta llegar a nuestro Código Civil. De igual forma, consigue hacer ver al estudiante del primer año de licenciatura o de grado en Derecho (7) la importancia y el valor formativo de nuestra disciplina.

En aras a la brevedad y dado el carácter limitado de toda reseña, no podemos hacer mención de todos los aspectos y matices que supone un enorme esfuerzo intelectual y de sistematización del autor a lo largo de sus 375 páginas, y que está llamado a constituirse un manual de referencia, no sólo para los estudiantes, sino para cualquier romanista o profesor de Derecho de cualquier disciplina, si bien no nos resistimos a hacer un pequeño recorrido por sus páginas. El manual de Derecho Privado, que constituye un ejemplo del buen hacer romanístico, se jalona en dieciocho capítulos bien estructurados, en los que se incluye la cita bibliográfica correspondiente según la materia analizada.

El primer capítulo (pp. 17-40) versa sobre los conceptos y dicotomías del *ius*: así, se hace un recorrido por la génesis y evolución del *Fas* y del *Ius*, también del *Ius* y el *mos*, del *Ius* y la *Lex*, la contraposición entre *ius civile*, *ius gentium*, *ius naturale* y otros conceptos como *ius commune*, *ius singulare*, *beneficium* y *privilegium*.

Los capítulos segundo y tercero (pp. 41-56 y pp. 61-80) son instrumentales del Derecho de familia, que son objeto de estudio *a posteriori*. El autor inicia el capítulo segundo con el examen de los conceptos de capacidad jurídica y de obrar para proceder al análisis de los requisitos del nacimiento, *nasciturus* y fallecimiento, poniendo de manifiesto las fuentes romanas y sus huellas en el Código Civil; así, podemos citar como muestra lo señalado en la p. 47: “El proyecto de CC de 1851 tributario del Derecho romano, en mayor medida que el actual Código de 1889, seguía prácticamente al pie de la letra las presunciones previstas al respecto en el Digesto...”. Desde mi punto de vista, el autor consigue reflejar la importancia del Derecho romano y el trasunto fiel de la evolución del pensamiento jurídico desde Roma hasta el actual Derecho

(7) El RD 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, va a cambiar el panorama de los estudios, así, nuestra asignatura forma parte de ese primer bloque de los 240 créditos a los que se refiere su artículo doce en relación a las directrices para el diseño de los títulos. Es evidente la importancia que tiene nuestra asignatura, al establecer el artículo 12.5 que 60 créditos corresponderán a la formación básica, dentro de los cuales se ubica nuestra disciplina, sin lugar a dudas el manual contribuye a esa formación en la parte de Derecho Privado, al contener las reglas y las fuentes jurídicas romanas entrelazadas con los principios y las normas del Código Civil.

positivo, aportando al estudiante del manual una perspectiva jurídica cuyos ejes estarían en el Derecho romano y en su recepción ulterior. Cierra el capítulo segundo el apartado de las causas modificativas de la capacidad jurídica: la condición de la mujer, la infamia, la religión, la condición social, política o profesional, y las de libertad formal (pp. 48-56).

El capítulo III continúa con las causas limitativas o excluyentes de la capacidad de obrar, haciendo un amplio recorrido por los institutos de la edad, la tutela, la curatela de los menores, la dispensa de edad, la enajenación mental y la prodigalidad (pp. 61-72). Finalizando la segunda parte de este capítulo, tras los *status*, las personas jurídicas (pp. 72-80).

Las vicisitudes relacionadas con la libertad y la ciudadanía se ubican en el capítulo cuarto (pp. 83-113), el autor establece la posición de la persona en el ordenamiento jurídico en relación a los tres *status*. En concreto, se examinan los aspectos relacionados con la esclavitud y las causas de caída (pp. 87-94), para posteriormente circunscribirse al estudio de la manumisión (pp. 96-106). Termina la exposición del capítulo haciendo alusión al *status civitatis* y a la tipología de los ciudadanos: romanos, latinos y peregrinos (pp. 106-113).

A continuación el autor dedica dos capítulos al Derecho de familia, el quinto y el sexto. En el quinto (pp. 115-131) se abordan las nociones preliminares sobre el concepto y el significado de la familia en el Derecho romano; desde la concepción de la familia agnaticia (pp. 115-117) hasta la cognaticia (pp. 117-118). Posteriormente el autor analiza los conceptos de afinidad, la patria potestad (pp. 118-121), adopción (pp. 121-124), emancipación (pp. 124-126) y la capacidad patrimonial de los hijos de familia (pp. 126-131), siempre poniendo de manifiesto en la parte final de cada epígrafe los artículos correspondientes del Código Civil para ver en muchos casos la influencia, más que notable, del Derecho romano.

El último capítulo dedicado al Derecho de familia es el sexto (pp. 133-153). El mismo arranca con los aspectos relacionados con la terminología (pp. 134-136): *matrimonium*, *nuptiae*, *consortium*, *coniunctio*, *communicatio*, *societas*, *pactum*, *foedus*; también los requisitos y los impedimentos (pp. 136-139), en un análisis pormenorizado y riguroso, hasta llegar al estudio del matrimonio, su naturaleza jurídica (pp. 139-140), efectos (pp. 146-148), para terminar con el concubinato y el contubernio (pp. 142-145). Asimismo, se analizan aspectos relacionados con el compromiso o esponsales (pp. 145-148) y las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (pp. 148-151), para finalizar el capítulo con un apartado dedicado a la disolución del vínculo conyugal y en particular al divorcio (pp. 151-153) y su evolución, marcado en la época posclásica por la influencia de la filosofía cristiana y una reacción frente a la libertad para disolver el vínculo.

Los capítulos VII y VIII están dedicados al negocio jurídico (pp. 157-188). Su inclusión es importantísima y acertada. Bien es verdad que la doctrina del negocio jurídico es una elaboración de la Pandectística romana, que extra-

jo de las fuentes romanas las líneas del pensamiento jurídico; por ello, el negocio jurídico es una creación moderna sobre las bases romanas. El capítulo VII se inicia con la exposición del formalismo primitivo del *ius civile* (pp. 157-158), la voluntad negocial y la jurisdicción pretoria (pp. 158-160); para el autor esbozar algunos aspectos de la Pandectística y su Teoría general (pp. 160-161), señalando: “la labor de la jurisprudencia romana, constituye un reflejo de su pragmatismo, materializado en la búsqueda de las soluciones más justas en los casos concretos, con abstracción, en la mayoría de las ocasiones, de las disquisiciones teóricas que pudieran aflorar en el desarrollo de la argumentación jurisprudencial. Los pandectistas van más allá de los casos concretos al construir, sobre la base proporcionada por éstos, una Teoría General sistematizada y elaborada con conceptos abstractos, que se conforma como ciencia del Derecho” (p. 161). Tras el análisis de los términos hecho, acto y negocio jurídico (pp. 161-163), junto a los tipos (pp. 163-165), el autor termina el capítulo con el análisis de los elementos esenciales (pp. 165-170), en el que, con sencillez expositiva y ausencia de artificios retóricos, se exponen los aspectos objetivos y subjetivos de los elementos, citándose de forma ilustrativa numerosos fragmentos de fuentes romanas que ayudan a la explicación de las instituciones y que son confrontadas con textos del Código Civil, como muestra el autor cita el artículo 773 del CC (p. 170), lo cual permite al estudiante del manual ver la perspectiva histórica como eslabón del ordenamiento jurídico moderno, y eso constituye, sin lugar a dudas, un gran acierto.

Por su parte, el capítulo VIII analiza el resto de elementos, los *accidentalia negotii* (pp. 175-182); para ello el autor introduce numerosos ejemplos de cláusulas insertando textos romanos con textos del Derecho positivo, como paradigma se menciona la *Cautio Muciana* conforme a D. 35.1.7 pr., confrontada con el artículo 800 del CC (p. 177). De igual forma son objeto de estudio las patologías del negocio jurídico y la convalidación y conversión del negocio jurídico (pp. 182-184), cerrando el capítulo un apartado dedicado al estudio de la representación y su tipología (pp. 184-188).

En las ciento ochenta y tres páginas siguientes, capítulos IX al XVIII, el autor acomete la posesión y los derechos reales. El primero de ellos, el nueve (pp. 194-209), aborda los problemas de la *possessio*, su naturaleza jurídica, donde expone con claridad las posturas de SAVIGNY y IHERING, las especies de posesión *naturalis*, *interdicta* y *civilis*, elementos, adquisición, retención y pérdida, para cerrar el capítulo con la tutela interdictal.

El capítulo X (pp. 211-225) es un capítulo instrumental dentro del bloque de los derechos reales, ya que tiene por objeto el estudio y la acepción técnico-jurídica de las cosas como esas entidades útiles susceptibles de apropiación. Así, el autor hace un recorrido por las diferentes clasificaciones que nos encontramos en las fuentes, si bien, algunas de ellas, van a desaparecer en el Derecho justiniano y otras pasarán al Derecho moderno.

Continuando con el desglose de estos capítulos, el profesor don Antonio

FERNÁNDEZ DE BUJÁN continúa exponiendo de forma inmejorable en su manual los derechos reales y su clasificación en el capítulo XI (pp. 227-246); comienza con un análisis del término *ius in re* y la elaboración dogmática medieval del término *iura in re aliena*, para proceder a la distinción, en base al texto de las instituciones de Gayo 4.1.2.3, entre acciones reales y personales. Posteriormente describe el concepto y evolución de los tipos de propiedad en las diferentes etapas históricas configurada en su génesis de forma absoluta (pp. 229-236) y en su evolución con las limitaciones y restricciones que operaran por las diferentes transformaciones de la sociedad y economía romana. Por ello, esboza en el capítulo las limitaciones al derecho de propiedad (pp. 236-246), que obedecen en unos casos a un interés general o público y otras a las establecidas por un interés particular, siempre haciendo hincapié en la confrontación de las fuentes romanas con el Derecho vigente. En este sentido, es un acierto la referencia que introduce el autor al distinguir los actos de emulación y el abuso del derecho del artículo 7.2 CC (p. 241).

En el capítulo XII el autor emprende el estudio de los medios de protección y defensa de la propiedad (pp. 247-260). Así, se enfocan los remedios procesales y extraprocesales que tutelan, incluso de forma preventiva, el ejercicio de las facultades de uso y disfrute por parte del propietario, la acción reivindicatoria, la negatoria, la *actio aquae pluviae arcendae*, la denuncia de obra nueva y el interdicto demolitorio, la caución del daño temido y el interdicto *quod vi aut clam*. El autor examina en la segunda parte de este capítulo la copropiedad y su problemática, donde hace un recorrido por su génesis dentro del llamado *consortium ercto non cito*, para proceder al estudio de las vicisitudes que se derivan de la gestión, como el derecho de veto o *ius prohibendi* y a la acción de división de la cosa común, iluminando siempre la exposición con las citas de las fuentes romanas y el Derecho moderno, lo cual, como ya hemos apuntado, ayuda al estudiante a ir viendo la importancia que tiene el Derecho romano como armazón y base del Derecho actual.

Los modos originarios de adquirir la propiedad se analizan en el capítulo XIII (pp. 261-278). El autor inicia su exposición comentando cómo en los primeros tiempos del Derecho romano se operaba con la idea elemental de transmisión de la cosa misma, y no de un derecho de propiedad sobre la cosa hasta que no surge la compraventa consensual. Prosigue con el estudio de las diferentes formas originarias: la ocupación (pp. 262-266), la adquisición del tesoro (pp. 266-267), la accesión (pp. 267-271), la especificación (pp. 271-272), para finalizar con los casos de *confusio*, *commixtio*, *commixtio* (pp. 272-273) y la adquisición originaria de frutos (pp. 273-274).

En el capítulo XIV se analizan los modos derivativos de adquirir la propiedad, haciendo un recorrido inicial por el negocio arcaico, formal y abstracto de transmisión de la propiedad, la ocupación y sus efectos (pp. 279-281). Es probable, como señala el autor, que la *in iure cessio* fuese una forma usual de transmitir con anterioridad a la *mancipatio*; éstas y otras cuestiones rela-

tivas a la polémica naturaleza jurídica y su evolución en la época posclásica, donde se produce una quiebra de la naturaleza procesal del acto, son objeto de análisis en el libro (pp. 282-283). De igual manera, se dedica un apartado al tipo negocial libre de formalidades propio del *ius gentium*, la *traditio* (pp. 283-286) con exposición de los requisitos, los tipos y las justas causas de entrega, manteniendo siempre ese hilo conductor entre el Derecho vigente y el romano, como por ejemplo se ilustra en la p. 286 al citar el artículo 609 y las Instituciones 2.1.40.

Termina el capítulo con un apartado dedicado a la usucapión y la prescripción (pp. 286-293), donde, partiendo de su difícil encaje en la tradicional dicotomía de modos originarios y derivativos de adquisición, el autor considera que supone una clara manifestación de la fuerza sancionadora que reconoce el ordenamiento jurídico al transcurso del tiempo de posesión de una cosa, remediando la posición del adquirente. Así, el autor expone todas las vicisitudes del instituto: los requisitos, la importancia de la *bona fides*, el tiempo con las referencias a artículos del Código Civil, como por ejemplo 1943 al 1945 CC; para finalizar con la exposición de la *praescriptio longis temporis* y *longissimi temporis*.

El derecho real de servidumbre es objeto de análisis en el capítulo XV (pp. 299-320), el autor comienza señalando cómo la jurisprudencia romana va configurando la naturaleza jurídica de los *iura in re aliena* con sus dos principales características, su ejercicio *erga omnes* y su reipersecutoriedad. Sentadas estas bases, continúa con la exposición del *iura in re aliena* más antiguo del Derecho romano, las servidumbres: el concepto y el contenido (pp. 301-302), las diferentes reglas y principios (pp. 303-307) que se desprenden de las fuentes romanas y cuyo reflejo perdura en los diferentes códigos civiles, en muchos casos como derivación directa. Prosigue con el contenido (p. 307), las clases de servidumbres, diferenciando prediales rústicas y urbanas (pp. 307-312), los modos de constitución y evolución (pp. 312-314), la defensa de las servidumbres (pp. 314-315) y las causas de extinción (pp. 315-316), donde el autor va poniendo de manifiesto, con precisión y rigor científico, cómo se entrelazan, en su devenir histórico, los principios de las fuentes romanas y las normas vigentes.

El capítulo XVI se centra en el estudio del derecho real de usufructo, el uso y la habitación (pp. 321-340), así, el autor hace un recorrido por las servidumbres personales, iniciando su exposición con el *ususfructus* y su concepto desde las fuentes romanas, en particular el texto de Paulo de D. 7.1.1 y el artículo 467 del Código Civil, para continuar con el contenido, las formas de constitución y defensa (pp. 331-332) y extinción (pp. 332-333), siguiendo *mutatis mutandi* la misma sistemática que las servidumbres prediales. Finaliza con el estudio del cuasi usufructo (pp. 333-334), el derecho real de uso y habitación (pp. 334-336), con la cita pertinente de los artículos 523 al 529 CC.

En el capítulo XVII se estudian dos instituciones, la enfiteusis y la super-

ficie, que tienen su origen común en el Derecho público, dirigidas a hacer útil y productivo el terreno de la comunidad política mediante la autorización a los particulares para cultivar y construir sobre suelo público a cambio de un canon o tributo que solía ser, como señala el autor (p. 341), muy inferior a la utilidad que obtenía el concesionario de la tierra o del edificio. El autor va haciendo un recorrido inicial, en relación a la enfiteusis, por los precedentes romanos y helénico-orientales (pp. 342-345) para abordar su constitución, el contenido, la defensa y extinción (pp. 346-347). El autor centra la segunda parte del capítulo en el análisis del derecho de superficie, su contenido y formas de constitución, los medios de defensa y las causas de extinción (pp. 350-352).

El último capítulo, el XVIII, está dedicado al examen de los derechos reales de garantía (pp. 357-375). El autor realiza un estudio de las principales manifestaciones de garantía real y sus notas caracterizadoras, como garantía para el acreedor y su accesoriedad, dado que el titular del derecho sólo lo puede ejercitar cuando el deudor incumpla su obligación, lo cual implica la dependencia de la obligación principal. Así, prosigue con la forma más antigua de garantía, la fiducia (pp. 358-359), para posteriormente centrarse en la prenda (pp. 359-363), con todas las vicisitudes que giran en torno a su concepto, objeto y contenido, las facultades del acreedor pignoraticio y el análisis de algunos aspectos importantes como el *pactum de lex commissoria*, *pactum distrahendo pignore* o el *pignus gordianum*, manteniendo continuamente las referencias al Derecho moderno.

Para acabar, el autor cierra este último capítulo con el correspondiente apartado dedicado al derecho real de garantía por excelencia, la hipoteca (pp. 364-371), donde hace hincapié en su conceptualización y génesis, las formas de constitución (pp. 364-365), incluidas las hipotecas tácitas y legales, el objeto y contenido, la importancia del rango hipotecario en los supuestos de pluralidad y la prelación en base al *prior tempore potior in iure*; con las excepciones que se producen en los casos de hipoteca privilegiada o por el llamado *ius offerendi* (pp. 368-369). Además, el autor introduce un apartado importante: el de “la publicidad e hipoteca”, donde, ante la falta de inscripción y control, se reflejan los problemas que derivaron en actuaciones dolosas y fraudulentas en el marco del crédito hipotecario, que implicaron la aparición del crimen de *stellionatus*. Finalizando el autor con un apartado sobre las causas de extinción de la prenda y de la hipoteca (p. 371).

No debo concluir esta breve reseña sin dejar constancia del rigor y diligencia con la que el profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN ha acometido este manual, su claridad expositiva y sencillez encomiable que permite dar una visión precisa y exhaustiva del Derecho privado romano (8). Sin lugar a dudas, estamos en presencia de una obra que está llamada a convertirse en referencia

(8) En la contraportada el autor especifica que en futuras ediciones se tratará de completar con el Derecho de obligaciones y contratos y el Derecho de sucesiones.

importantísima de consulta no sólo en el ámbito docente, por su gran valor formativo, sino también en el de cualquier estudioso del Derecho; por tanto, cabe congratularse por la aparición de este manual y su novedoso planteamiento, la perspectiva histórica en íntima conexión con la dogmática moderna, permitiendo entender el Derecho moderno y todas aquellas vicisitudes y elementos comunes que el Derecho romano proporciona al Derecho Privado de la Unión Europea.

José Luis Zamora Manzano

*Profesor Titular de Derecho romano
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*