

**REVISTA DE
DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)**

Número 1, Época I, Enero –Abril 2013

ISSN: 2340-4647



La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad (REDS).

IURELICET ABOGADOS (Área de Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2340-4647

PRESIDENCIA EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Encargado de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SECRETARÍA TÉCNICA

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Abogado especialista en Derecho Penal Económico
y Miembro de la Tokio Fundation**

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Deusto

JAVIER LARENA BELDARRAIN
Profesor Encargado de Derecho Procesal
Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO
**Abogado especialista en Derecho Penal Económico y
Miembro de la Tokio Foundation**

LORENZO MORILLAS CUEVA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada

PILAR FERRER VANRELL
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Islas Baleares

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Islas Baleares

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN
Magistrado Tribunal Superior de Justicia País Vasco

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ
Notario y Registrador

INMACULADA VIVAS TESÓN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

LUIS GARAU JUANEDA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLLEDO VARELA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

ANA DÍAZ MARTÍNEZ
**Profesora Titular de Derecho Civil y Magistrada Su-
plente del Tribunal Superior de Galicia**
Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRAGA
**Abogado y Expresidente de la Asociación de Aboga-
dos de Derecho de Familia**

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ
**Magistrado Expresidente del Tribunal Superior de
Justicia del País Vasco**

MIGUEL OLMEDO CARDENETE
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ CORTÁZAR
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Jaén

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA
**Notario y Presidente de Euskaltzandia (Academia de
la Lengua Vasca)**

AGUSTÍN LUNA SERRANO
Catedrático Derecho Civil
Universidad de Barcelona

LUIS GARAU JUANEDA
Catedrático Derecho Internacional Privado
Universidad Islas Baleares

ENRIQUE GADEA SOLER
Profesor titular de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

PRESIDENTE

LORENZO MORILLAS CUEVA
*Catedrático de Derecho Penal y
Ex rector de la Universidad de Granada
Universidad de Granada*

VOCALES

JEAN-BERNARD AUBY
*ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de
París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de
Yale (EEUU) y director de la Acción mutaciones de l'Publique
Pública Droit
et du (cambios en el gobierno y Derecho Público, MADP)
de Sciences Po (Francia).
Universidad de Yale*

AGUSTÍN LUNA SERRANO
*Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Uni-
versidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la
Universidad de Almería.
Universidad de Barcelona*

NICOLAS REDONDO TERREROS
Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR RUIZ DE
AGUIRRE
*Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo,
Nación y Libertad. Premio Nacional de Historia y ha sido con-
decorado con la Orden del Mérito Constitucional de España y la
Orden de las Palmas Académicas de Francia*

GUILLERMO OLIVEIRA
*Catedrático de Derecho Civil.
Experto en Bioética, Derecho y Medicina
Universidad de Coimbra*

ANTONIO FLAMINI
*Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino,
Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela civilís-
tica" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho
civil italiano.
Universidad de Camerino (Italia)*

VASCO PEREIRA DA SILVA
*Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y Políticas de la Facul-
tad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa . Doctor
Honoris Causa por UNIPLAC (União Educacional do Planalto
Central) y Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Lisboa*

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
*Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y
Diplomado en Sociología Política y en Administración de Em-
presas. Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris
causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia
Universidad Católica del Perú, con sede en Lima. Profesor
honorario de catorce universidades en América Latina
Universidad Autónoma de Madrid*

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
*Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad Javeriana de Bogotá.
Universidad Javeriana de Bogotá*

EDUARDO VERACRUZ PINTO
*Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa.
Presidente de la Junta de la Facultad de Derecho de la Uni-
versidad de Lisboa. Miembro de la Cámara de Seguimiento y
Enlace con los Tribunales Judiciales del Consejo Superior de la
Judicatura.
Universidad de Lisboa*

ALEJANDRO MIGUEL GARRO
*Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de
Derecho Extranjero y Comparado
Universidad Columbia Law School NY*

GUILLERMO ALCOBER GARAU
*Catedrático Derecho Mercantil
Universidad Islas Baleares*

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS
*Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las
Islas Baleares. Entre 1998 y 1999 fue investigador visitante de
la Universidad de Ginebra. Entre 2006 y 2010 fue investigador
visitante
de la Universidad de Harvard
Universidad Islas Baleares*

LORENZO MEZZASOMA
*Juez Honorario en el Tribunal de Perugia . Miembro del Consejo
Superior de la Magistratura. Catedrático Derecho Civil y coor-
dinador de la actividades de investigación de derecho civil de la
Universidad de Perugia con distintas universidades mundiales
por lo que fue designado con el título "Investigador externo" por
el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complu-
tense de Madrid.
Universidad de Perugia*

MARTA HANNA DE ROSA
*Licenciada en Derecho Canónico por la Facultad homónima de
la Pontificia Universidad Católica Argentina.
Abogada por la Universidad de Mendoza y Coordinadora
Publicaciones de la Facultad de Derecho.
Universidad Católica del Uruguay*

RAÚL CERVINI
*Catedrático de Derecho Penal y Encargado de Posgrados
e Investigaciones Internacionales
Universidad Católica del Uruguay*

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE
*Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad Católica del Uruguay*

ANDRÉS MORA MARTINEZ
*Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología
y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de
Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Esta-
do Carabobo.
Universidad Fermin Toro (Venezuela)*

PILAR PERALES VISCASILLAS
*Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Conse-
jera académica en Baker & McKenzie. Miembro del panel de
árbitros de varias instituciones de arbitraje, incluida la Corte
de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid y la Cámara
de comercio Internacional de París. Es delegada de España ante
la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
Internacional (Cnudmi-Uncitral) y observadora en el Grupo de
Trabajo para la preparación de la nueva edición de los Prin-
cipios de Unidroit. Universidad Carlos III de Madrid y
Universidad de la Rioja*

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Directora del Instituto Universitario de Investigación en Mediación y Gestión de conflictos de la UCM (IMEDIA); Directora del postgrado de Especialista en mediación; Directora de la Colección de Mediación de la Editorial Reus y del Anuario de Mediación; Cofundadora y Presidenta constitutiva de la Conferencia de Universidades para el estudio de la mediación y los conflictos (CUEMYC). Fue Vicepresidenta del WMF.
Universidad Complutense de Madrid

MAYDA GOITE PIERRE

Profesora Titular de Derecho Penal, Vicepresidenta de la Sociedad cubana de Ciencias penales de la Unión Nacional de juristas de Cuba, Jefa de la Disciplina docente de Ciencias penales y vicedecana de Postgrados, investigaciones y relaciones internacionales de la Universidad de La Habana
Universidad de La Habana

ARNEL MEDINA CUENCA

Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Expresidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Presidente del Consejo Editorial de la Editorial UNIJURIS de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Máster en Derecho Público por la Universidad de Valencia (España). Especialista en Derecho Penal por la Universidad de La Habana. Miembro de número de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

Profesor Titular de Derecho Civil y de Derecho Notarial. Notario.
Universidad de La Habana

ROXANA SÁNCHEZ BOZA

Abogada en el Despacho Suarez y Sanche. Notaria Pública.
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Costa Rica y Universidad Latina

ALEJANDRO MARTINEZ CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático Derecho Economico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.
Universidad de Deusto

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil
Universidad ICADE Madrid

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Córdoba

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

JESÚS URRAZA ABAD

Abogado Director Despacho Jurídico Urraza&Mendieta

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

Profesor y Fiscal Sustituto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho Civil
Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil
Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

Doctora en Sociología. Trabajadora Social en Fiscalía en el Servicio de Apoyo a la Administración de Justicia Junta de Andalucía
Universidad Pablo de Olavide

INDICE

ARTÍCULOS

EFICACIA DE LOS PACTOS FAMILIARES

Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga

LA DISCUTIBLE CONSTITUCIONALIDAD DE LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN 5-10-2010 SOBRE EL RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS POR GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN

Pilar Ferrer Vanrrell

EL DERECHO PRÓXIMO (UNA REFLEXIÓN SOBRE EL ENTORNO JURÍDICO)

José Ángel Torres Lana

DE NUEVO SOBRE EL NOMBRE PROPIO

Rafael Linares Noci

TIPOLOGIA NOTARIAL EN COSTA RICA: LA PROBLEMÁTICA DEL NOTARIO INSTITUCIONAL

Roxana Sánchez Boza

CRISIS ECONÓMICA Y ALTERACIÓN EXTRAORDINARIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CONTRATO: ¿PACTA SUNT SERVANDA?

Inmaculada Vivas Tesón

LA DACIÓN EN PAGO Y EL DEUDOR HIPOTECARIO: ¿MEDIDAS DE PROTECCIÓN?

Raquel Belinchón Romo

LA VIVENCIA CONSTITUCIONAL DE 1812: PARADIGMA ÉTICO Y JURÍDICO DE LIBERTAD PARA ÉPOCAS DE CRISIS

Javier Pérez Duarte

EL MENOR Y SU DERECHO A LA INTIMIDAD ANTE LOS RIESGOS EN LA UTILIZACIÓN DE REDES SOCIALES

Marta Morillas Fernández

HAGAMOS UN CAMBIO: CONSTRUCCIÓN INDUSTRIALIZADA DE EDIFICIOS EN EL SIGLO XXI. REALMENTE PUEDES REALIZAR UN CAMBIO

Luis Javier Cuenca López

LA VULNERABILIDAD DEL INERME

Rosario Morejón

EL CAPITAL INTELECTUAL: FUENTE DE VENTAJA COMPETITIVA PARAR LAS EMPRESAS

Leire Alcañiz González y Fernando Gómez Bezares

RECENSIONES

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE INMUEBLES por Ignacio Lledó Benito

EL DISCURSO DE LOS MENORES BAJO MEDIDA JUDICIAL por Ana M.^a Hermosa Martínez

EL TRABAJO TÉCNICO EN EL AMBITO JUDICIAL. DESCENDIENDO A LA PRACTICA PROFESIONAL por M.^a Luisa Zamora Segovia

PORTADA EDITORIAL: DERECHO EMPRESA Y SOCIEDAD, ALGUNAS REFLEXIONES QUE IMPULSAN EL INTERÉS MOTIVADO DE NUESTRA REVISTA

La Revista que el lector tiene ahora a su disposición, pretende ser un instrumento válido en el quehacer cotidiano tanto en el ámbito del Derecho como en el mundo de la Economía, Finanzas y por supuesto en los aspectos más relevantes de las Ciencias Sociales y Política en general.

Emulando las palabras del poeta Boileau las podemos traer a colación para justificar la motivación “nacadera” de nuestra Revista.

“Porque todo lo que es verdaderamente sublime se distingue en que, cuando uno lo escucha, le eleva el alma y le hace concebir una mas alta opinión de ella misma, llenándola de alegría y de no sé qué de noble orgullo, como si fuera ella misma la creadora de las cosas que simplemente acaba de oír...”

“Tratado de lo sublime XVII. Longino. Recogido en el “Arte Poética” de Boileau”

Nacemos con un ideal, fomentar el espíritu de justicia (**in aequo animo**, como dirían los juristas latinos) de todos aquellos profesionales de los ámbitos reseñados con anterioridad que desarrollan su función social con la convicción de aportar su experiencia y magisterio a la finalidad de soluciones justas a la sociedad, sin apartarse de los objetivos que le justifican (art. 9.3 y 106.1 de la Constitución).

Es así, que desde una actuación conjunta, esta “Revista interdisciplinar” pretende llegar a ser una contribución decisiva para el atento y crítico lector que interese la continuación de la Revista por la cualificada aportación de los colaboradores seleccionados siempre por la oportunidad o circunstancia en la actualidad de los temas. Es así que la opinión escrita del profesional fomentará el espíritu crítico del lector, porque naturalmente serán estudios solventes por su rigor intelectual tratados desde la libertad de opinión y la constante búsqueda de una complicidad positiva para el destinatario de esta Revista, el profesional del Derecho, el Economista o el profesional de las Ciencias Sociales o Políticas en general.

Decía Albert Camus, que la prensa libre puede ser, desde luego, buena o mala, pero con toda seguridad sin opiniones libres, no puede ser más que mala. Es por tal motivo que no podemos desentendernos de la crítica de la doctrina autorizada en cada momento en los temas de actualidad que vigorizan y enriquecen la energía vital tanto en la práctica del Derecho como en las reflexiones económico financieras, -hoy por hoy tan decisivas y a veces tan desconcertantes- y en las reflexiones de temas sociales de interés y actualidad en cada momento.

Entenderá el lector, que en este primer número extraordinario, se ha elegido el tratamiento de asuntos jurídicos de relevancia. Los juristas, economistas y expertos en ciencias sociales nos enfrentamos a limitaciones y dificultades que coexisten con un factor que no podemos desconocer y que no es otro que el “decisionismo político”, lo que comporta una multiplicidad de problemas en el funcionamiento de los problemas jurídicos, económicos y sociales y la forma de encararlos y de ofrecérselos al lector, legatario de nuestra reflexión, investigación y conocimiento, siempre enfocado desde su interés y conciencia crítica.

La razón estriba en que toda libertad ocupa lugar, y el Derecho la administra en términos sin los que la actuación regular de sus múltiples manifestaciones resulta impracticable. Es aquí, donde la reflexión en un “foro interdisciplinar” como el que pretende nuestra Revista, conseguirá demostrar un talante de justicia en el tratamiento de las cuestiones legales, económicas y sociales de la actualidad, cumpliendo la exigencia que la conciencia social nos demanda, y la opinión pública nos reclama.

Nuestra Revista pretende ser una radiografía de la sociedad no solamente en el análisis de temas jurídicos o económicos, sino también de temas sociales y políticos que no sólo importen sino que impacten por su importancia. Ya se sabe que la prioridad siempre es el conveniencia inmediata. Es por ello que si la Revista se divide en tres áreas (derecho privado, derecho público y temas sociales y políticos). En estos últimos el interés de los impulsores de esta Revista es que analicen temas que estimulen la conciencia y la reflexión del lector de nuestra Revista.

En esta línea de razonamiento a nadie se le escapa que vivimos tiempos apasionantes pero también desconcertantes. Las arengas igualitarias, ceden en la realidad, en la mayoría de los casos ante las exigencias recaudatorias. Un ejemplo ilustrativo lo sería el reino de “Taifas fiscal” y la desigualdad de heredar, según que vecindad tenga el ciudadano. En fin el “caos normativo” y el efecto de “diarrea legiferante” supone para el ciudadano una desigualdad contributiva según el lugar en el que esté domiciliado. En este sentido remito al lector a un extraordinario trabajo de mi compañero Santiago Muñoz Machado que lleva por título el “Informe España” y que critica con razón la organización administrativa vigente en nuestro país.

En otro orden de cosas también el ciudadano percibe que la “corrupción” se ha convertido en una costumbre “contra legem”. La impunidad provoca un sentimiento de impotencia para el ciudadano al observar la pasividad de los mecanismos jurídicos y políticos de respuesta. En este sentido, cada vez afortunadamente se despierta mas la conciencia crítica del ciudadano y la necesaria regeneración ética y moral en nuestro país. Volver al compromiso de unos principios de aceptación universal independientemente del perfil ideológico como son potenciar el rigor, la seriedad, el sacrificio, el trabajo y evitar siempre cualquier atisbo de cambalache o componenda social o política. Ello lleva insito una exigente obligación de justicia “profesional” del dinero público.

Otro tema que va a ser recurrente en nuestra Revista y tendrá una presencia activa será el ámbito de las relaciones internacionales y el papel actual y de futuro de la Unión Europea. Es así que precisamente la Unión Europea debe ser más competitiva, flexible, democrática, y que nunca deje el peso de sus decisiones a organismos tecnocráticos.

Es decir, se deja el peso de las decisiones a organismos comunitarios “técnicos” más generales como el ECOFIN, Banco Central Europeo, etc.... Y como expresa CAZORLA PRIETO los acuerdos tienen carácter jurídico en cuanto que establecen derechos y obligaciones y fijan reglas procedimentales. Lo que nos llevaría a explicar (que no es el caso que nos ocupa) el interesante tema de la regulación “soft law”, fuentes de derecho indirectas, distintos como explica JULIOS-CAMPUZANO a la producción monopolística del derecho por parte del Estado en sentido amplio. En fin, en palabras del autor “la diversificación de las fuentes de producción normativa es una de las características definitivas del Derecho contemporáneo”.

En fin, este protagonismo “solapador” de estos organismos reguladores que controlan y emiten decisiones políticas, con “vocación jurídica” indudable, desnaturalizan el papel y esencia de los organismos elegidos democráticamente, como lo son el Consejo, la Comisión o el Parlamento Europeo.

En fin, utilizando un símil mitológico lo que ocurre ahora en los países de UE, es como el “raptó de Europa”. Los países del sur de “Europa” se han embestidos por el toro “curiosa antinomia de los países del norte” reconvertido en un “Zeus” de poderío ya no divino sino económicamente decisor, que ha controlado las competencias de los gobiernos europeos que

prosiguiendo con el símil se han reconvertido en el padre “lacrimógeno” que deambula por los “mercados de deuda” buscando a “Europa” y sin hallar nunca contestación.....

No hace mucho escribía un excelente analista político (José Ignacio Torreblanca) un magistral artículo sobre el “desgobierno europeo” que suscribo plenamente. Y que precisamente lo ocurrido en Chipre ha puesto en evidencia las lagunas (más bien piélagos inmensos como diría Doumoulin) en el desgobierno de la Unión Europea. Destaco entre otras ideas del autor las siguientes: la combinación de un diagnóstico de la crisis erróneamente centrado en la deuda pública. Convertir la UE en un campo de minas: (Grecia falseando las estadísticas, Italia negándose a reducir la deuda, Alemania inundando a sus socios de dinero barato, España cebando sin límite una burbuja inmobiliaria, Irlanda inflando su sector financiero o Chipre montando un paraíso fiscal). Estoy de acuerdo con el autor en cuanto que también se critica con razón la transparencia y la falta de rendición de cuentas. Nosotros antes aludíamos a que los organismos democráticos de la Unión Europea (Comisión, Consejo, Parlamento) han quedado subordinados a las decisiones de organismos tecnocráticos y con intereses económicos muy concretos, pues bien, en esta línea también razona el autor al que seguimos en su excelente comentario en el sentido que vemos como cada “comisario” en la Unión Europea va por su cuenta e interpreta su misión de acuerdo a sus propias capacidades y limitaciones. En este sentido también el Eurogrupo y el BCE priorizan sus decisiones sin considerar el respeto formal y el cauce reglamentario de la Comisión, el Consejo o el Parlamento. En fin como dice el autor, no tenemos una democracia porque no tenemos un gobierno europeo responsable ante los ciudadanos y tampoco tenemos un “demos” europeo que permita una solidaridad entre los ciudadanos.

Interesa también finalmente destacar en el ámbito social y político aspectos tan relevantes como el papel que va a jugar la “iglesia” y el nuevo Papa “Francisco I” a la hora de abordar su pontificado con retos geopolíticos de primer orden: esto es “Latinoamérica” y una reorganización a tenor de los nuevos tiempos de la curia romana.

Después de este análisis de interés social sobre estos temas recurrentes que ocupan la política nacional e internacional retomamos el hilo conductor inicial de nuestra reflexión para volver a la explicación del nacimiento finalidad, contenido material de nuestra Revista

Nuestra Revista, pretende ser también el cauce y vínculo solidario con la cultura y la mejor tradición del Derecho Hispanoamericano, por ello, nos ocupa y nos preocupa, las sugerentes aportaciones de los profesionales del Derecho americano, y que nuestra Revista sea un punto de encuentro en las reflexiones de la mejor doctrina y jurisprudencia de experimentados profesionales del Derecho en el ámbito Iberoamericano. Pero también nos ocupa y preocupa las aportaciones de estudiosos del Derecho, de la Economía, de las Ciencias Sociales, no sólo en el ámbito del Derecho Continental especialmente Francia, Italia y Portugal sino también del área anglosajona. De ahí que la Revista cuente con un cualificado Comité Científico internacional con profesionales de primera línea procedentes de los distintos ámbitos reseñados y que procurará que la Revista mantenga con eficiencia y esmero ese perfil internacional en todo momento huyendo de localismos fáciles y por el contrario incidiendo en un criterio y talante riguroso por la especial y cuidada vocación internacionalista de la Revista.

En fin, se pretende atender al análisis de temas de reflexión teórica y sobre todo la aplicación práctica por expertos juristas, economistas, sociólogos, politólogos, etc... correspondientes tanto en el ámbito del derecho continental como en el mundo anglosajón. Así se enriquecerá con sus competentes opiniones escritas el contenido de la Revista y su finalidad, que no es otra, que intensificar los vínculos jurídicos no sólo con la comunidad europea, en la que somos directos partícipes sino también con la muy pujante y cualificada comunidad iberoamericana.

En otro orden de cosas la compleja realidad jurídica, económica y social que vivimos nos demuestra día a día, que el profesional competente en estos ámbitos se enfrenta cada vez más a un intrincado proceso de legiferación (normativas estatales, supraestatales, autonómicas, etc...) tan intenso como inabarcable, que le aboca a un tratamiento del estudio del Derecho, de

la Economía, de la Realidad sociológica cada vez con una especialización y exigencias técnicas y funcionales mayores. Queremos huir en todo caso de improductivas reflexiones que consumen “tiempo” –bien escaso- y mínima atención intelectual.

Es por ello, que una Revista como la que pretendo, Derecho Empresa y Sociedad pretende despertar la motivación por la utilidad de la Ciencia del Derecho, Economía y la Sociología Política a través de convenientes estudios que incentiven al profesional que aborde las materias objeto de estudio a pensar con criterio, siempre seleccionándose temas por su indudable interés social.

Nuestra labor pretende que las distintas secciones de la Revista (privada, pública y pedagógica) transmitan al lector, estudios abordados con rigor, conocimiento y un actualizado tratamiento del asunto planteado por cada autor en su especialidad investigadora.

El objetivo de nuestra Revista no es otro que ayudar a interpretar la Ley, la intrincada función de la Economía y una reflexión sobre temas de Sociedad, Política y/o Relaciones Internacionales, intentando transmitir desde el punto de vista del Jurista un Derecho más justo y una Justicia más equitativa. Asimismo, desde el punto de vista del Economista, una claridad interpretativa en los hechos económicos y en sus decisiones a veces con una percepción errática, y otras con una predicción acertada.

También es cierto que el jurista de nuestro tiempo educado en el dogma de la globalización y las nuevas tecnologías, tiene que adaptar sus hábitos de estudio y relación jurídica, a estas incesantes y mudadizas necesidades; pero ello no le debe hacer olvidar que un óptimo y cabal fundamento debe reposar en una competente formación jurídica. Y naturalmente, también en un cabal conocimiento de la Economía y de las Ciencias Políticas y Sociales que marcan el designio de la convivencia.

Desde una perspectiva eminentemente legal, el jurista moderno aun así, debe comprender que La Ciencia del Derecho es ajena al dominio de las ciencias exactas, que los problemas jurídicos toleran más de una solución aceptable, que es bien distinto de respuestas exactas. El profesional del Derecho debe reflexionar con los instrumentos que le facilite el Ordenamiento Jurídico en los problemas que la relación social genera, intentado responder a sus interrogantes, vacíos, y lagunas, superando las dificultades suscitadas por la producción, aplicación y conocimiento de las normas jurídicas.

En fin, sin olvidar que la técnica jurídica es la suma de soluciones razonables que están dispuestas a los controles y la censura de la crítica, tanto en la exégesis de los textos doctrinales como en el propio contenido de la jurisprudencia.

En este número extraordinario y comienzo de la andadura de nuestra Revista hemos seleccionado temas de actualidad, que interesan por su contenido jurídico, económico y social (en la expresión más extensa de su contenido) que responden, todos ellos al cometido finalista de nuestra Revista: informar y transmitir competentemente temas, asuntos y materias, que nos atrapan en lo “prodigioso” como diría ALEJO CARPENTIER para obligarnos a reflexionar sobre la “esencia de las cosas escritas”. En nuestro caso en una Revista “vívida y explicada”.

Para concluir la Revista Derecho Empresa y Sociedad, obliga a enfoques que aun a riesgo de su abstracción impulsan al ávido lector, a comprender que el contenido de aquella, no solo es un estético reflejo academicista, sino por el contrario una útil herramienta en el desarrollo de la práctica jurídica, económica y social que le evite en todo caso la tentación de rendirse a la flaqueza intelectual del pensamiento débil.

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE Y OSCAR MONJE BALMASEDA

Presidencia Editorial

EFICACIA DE LOS PACTOS FAMILIARES.-

Por Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga
-Abogado y Ex Presidente de la
Asociación de Abogados de Familia de España-

Fecha de recepción: 28 de Noviembre de 2012

Fecha de aceptación: 27 de Diciembre de 2012

SUMARIO:1.- LOS ACUERDOS EN MATERIA DE FAMILIA. 2.- VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS PACTOS SOBRE LOS HIJOS MENORES. 3.- LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA. 4.- CAPITULACIONES MATRIMONIALES. 5.- CONVENIOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA. 6.- EL CONVENIO REGULADOR. 7.- EL PLAN DE PARENTABILIDAD, PACTO DE RELACIONES FAMILIARES O PACTO DE CONVIVENCIA FAMILIAR. 8.- EL CONVENIO REGULADOR NO APROBADO JUDICIALMENTE. 9.- ACUERDOS DE SEPARACIÓN.-

RESUMEN: Desde la reforma de las leyes familiares de 1981 con la introducción del convenio regulador, pasando por la de 2005 que expresamente autorizó a los padres a pactar válidamente sobre el ejercicio de patria potestad, la eficacia de los pactos familiares ha ido reconociéndose, al igual que materias como la paterno-filial, que se han liberado del estigma de indisponibles. Aunque se conservan particulares que son de ius cogens las materias familiares pueden ser objeto de convenciones, aunque con límites como ocurre con todos los contratos.

ABSTRACT: From the Spanish reform of Family Laws in 1981, with the introduction of the Convention of the effects of separation and divorce, and afterwards through the legislation of 2005, which expressly authorized parents to agree about the exercise of the parental responsibility, the effectiveness of family agreements has increased, the same as matters like de relationship among parents and children has lost its character of unavailable. Although there are matters that they continue to be under the ius cogens, family questions can be agreed by the parties, however with some limits as in every other contract, although with some more, which are specific.

PALABRAS CLAVE: Pactos familiares, interés del menor, patria potestad, custodia.

KEYWORDS: Family agreements, best interest of the minor, parental responsibility, custody.

1.- LOS ACUERDOS EN MATERIA DE FAMILIA.

Cuando se afronta el intento de buscar soluciones a las cada vez más frecuentes crisis de la familia, surge de forma inmediata y preferente, la referencia a las ventajas del acuerdo con el propósito de evitar o, al menos, disminuir, la conflictividad, los enfrentamientos y los litigios entre los protagonistas. Se considera que cualquier solución que surja de una contienda, no sólo adolecerá de los defectos que una creación tensa y difícil ha de provocar, sino que su propia generación recordará las deformaciones del enfrentamiento y la resultancia de sus victorias o derrotas que harán presentes las heridas de su parto hasta hacerlas de difícil aplicación. Hay que recordar que el matrimonio o la pareja pueden terminarse, pero si existen hijos, la familia permanece y a su recomposición tras el trauma violento padecido, deben tender todas nuestras acciones. Estas soluciones pueden nacer del pacto, de la cesión, de la flexibilidad, de la generosidad, del olvido y del perdón, de la victoria de la persecución de una nueva vida donde el bienestar de los hijos sea el primer objetivo a lograr; y con ello la repercusión en el de sus padres.

Una de las cuestiones tradicionalmente más complejas dentro del orden familiar está en la aparente contradicción entre, de una parte, el fomento de la conciliación de las disputas, basada en los acuerdos de los implicados, y de otra, la hasta hace poco alegada por algunos indisponibilidad de la materia a convenir, especialmente en cuanto se refiere a los hijos menores. Bien es cierto que, en general, el Derecho va ampliando el campo de lo disponible, hasta el punto de que ha alcanzado hasta el orden penal, con conciertos sobre las penas, lo cual hasta hace muy poco era impensable.

El orden público, presente en el ámbito familiar, y la implicación de menores son principios que sobrevuelan la calificación relativa a la disponibilidad de las materias a pactar, que es requisito esencial para la validez y eficacia de lo convenido.

DÍEZ-PICAZO¹ ha afrontado la cuestión de la autonomía de la voluntad con su acostumbrado acierto: *“El reconocimiento de manera general del principio de autonomía de la voluntad se ha solido encontrar siempre en el art. 1255 del Cc, según el cual, como todos saben, los contratantes pueden establecer en sus contratos los pactos, cláusulas y condiciones, que tengan por conveniente siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público. (...) No se debe olvidar que el contrato se define como consentimiento o acuerdo de voluntades, que puede ser válido y ser eficaz con tal que ofrezca una causa que le haga digno de la tutela jurídica. (...) El art. 1254 Cc que define el contrato como consentimiento, describe de un modo muy concreto el objeto de ese consentimiento: dar alguna cosa (se entiende una cosa valiosa o un bien económico) o prestar algún servicio, el cual, en la medida en que es concretado, está presuponiendo también su carácter valioso”.*

La evolución en esta materia es, para este mismo autor, evidente: *“(…) resulta claro que en la actualidad la fundamentación del principio de autonomía privada hay que buscarlo en la Constitución. (...) La libertad de contratación y la interdicción de los contratos forzosos se ha querido encontrar en el art. 38 de nuestra Constitución. La verdad es que por la vía del art. 38 volveremos a encontrar una libertad contractual con un contenido de carácter netamente económico. (...)”*

No es difícil entender que un ordenamiento jurídico basado, en el plano constitucional, sobre estos principios exige la posibilidad de que los individuos, por la vía de sus tratos, puedan generar un conjunto normativo que es obra de su autonomía” (...) “Las razones anteriores permiten deducir la existencia de un principio general de autonomía privada en nuestra Constitución”.

¹ DÍEZ PICAZO, Luis: “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de familia” en *“Convenios reguladores de las crisis matrimoniales”* (Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2ª edic. 1989, pag. 41.-

Concretándose a la órbita del Derecho de familia, DÍEZ PICAZO se pregunta: “¿Qué razones conducen a la misma conclusión en el campo del Derecho de familia?, Creo que hay dos fundamentales.

En primer lugar, el juego del principio de igualdad reconocido para las relaciones interconyugales por el art. 32 y en términos generales por el art. 14: la dignidad de la persona es dignidad de todas las personas. Es una igualdad de dignidad entre individuos iguales.

La segunda razón es, en mi opinión, el pluralismo”.

LÓPEZ BURNIOL² parte de que “admitido que la autonomía privada tiene cabida en el Derecho de familia, es decir, que - como dice LACRUZ³ - existen ámbitos abandonados al querer individual, conviene destacar dos hechos:

a.- Cada vez es mayor el juego de la autonomía privada en el Derecho de familia, es decir, cada vez son mayores los ámbitos que el ordenamiento jurídico deja al querer individual; tal vez pueda sostenerse que, en la actualidad, mientras que en el Derecho de familia van cayendo, una tras otra, las antiguas normas prohibitivas y de Derecho necesario, éstas van cayendo, una tras otra, las antiguas normas prohibitivas y de Derecho necesario, éstas van ganando terreno en el ámbito del Derecho patrimonial.

b.- Y que, dada la crisis de la organización económica familiar (sustitución de la ‘casa’ por la empresa), así como la progresiva menor interdependencia económica entre los miembros de una misma familia, vayan perdiendo importancia algunas instituciones del Derecho de familia de contenido patrimonial, por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales típicas del Derecho foral, cuyo número ha decrecido desde principios de siglo y según la estadística anterior a 1975, en más de un setenta y cinco por ciento.

En resumen: un creciente mayor juego de la autonomía privada en la ordenación de la familia, y una progresiva pérdida de importancia de algunos aspectos exclusivamente económicos de aquella”.

El marco legal del matrimonio y la familia, partía en sus orígenes de la desigualdad de los cónyuges, que se traducía en la prohibición de pactar entre ellos. Incluso eran nulas sus donaciones durante el matrimonio, excepto cuando se trataba de regalos módicos (art. 1334 CC en su redacción originaria). La mujer, que salvo para dejar el hogar paterno, ostentaba de soltera una capacidad de obrar igual a la del hombre, al casarse sufría una especie de incapacitación al pasar a depender del varón, al que debía obediencia, y a precisar de su licencia. No se permitían las capitulaciones una vez contraído matrimonio, ni consecuentemente alterar el réimen económico del matrimonio, y es sumamente revelador que en el contenido de las mismas no podía pactarse nada que fuera “depresivo de la autoridad que respectivamente corresponde en la familia a los futuros cónyuges”. El marido era el representante de su mujer, que no podía comparecer en juicio sin su licencia (art. 60 CC), ni podía, sin la misma, adquirir bienes a título oneroso o gratuito, enajenar los suyos, ni obligarse, bajo sanción de nulidad (art. 61 CC) y ni tan siquiera tenía la disposición por sí sola de sus bienes parafernales (art. 1.387 CC).

La ley 14/1975 de 2 de mayo comienza la redención de la mujer, suprimiendo la licencia marital y dotándola de capacidad de obrar por sí sola. Al reconocer la igualdad de los cónyuges y excluir a la esposa de la autoridad de su marido, la faculta para pactar y, consiguientemente, permite otorgar capitulaciones no sólo antes sino después de contraer matrimonio. Este es el primer paso para reconocer, aunque con algunas limitaciones, la

² LÓPEZ BURNIOL, Juan José: “Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales”, en “*Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*” (Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2ª edic. 1989, pág. 45)

³ LACRUZ BERDEJO, J.L. Derecho de Familia, fascículo primero, Barcelona, 1982, pág. 17.

autonomía de la voluntad de los cónyuges. La Constitución de 1978 y las leyes 11 y 30/1981 de 13 de mayo y 7 de julio, respectivamente, que desarrollan los conceptos constitucionales de igualdad y abren una interpretación jurisprudencial cada vez más favorable a la eficacia de los pactos por razón del matrimonio, pasan a regular aspectos de éste y les facultan para convenir las consecuencias de la ruptura, incluyendo las relativas a los hijos, a través del innovador convenio regulador .

A partir de este momento se considera que la función del Derecho en el ámbito de la familia, es organizativa, tanto a través de las normas que regulan la constitución de la familia, como de su disolución o extinción, con un papel de composición entre los intereses de sus miembros y en las diferencias que vayan a surgir⁴. El problema fundamental es delimitar hasta donde alcanza la autonomía de la voluntad de las partes para pactar en ese ámbito y cuáles son las materias indisponibles.

La STC 120/1984 reconoció que en el derecho de familia concurrían elementos de derecho imperativo, “elementos no dispositivos”, dirigidos a la protección de determinados fines, pero que no todo el derecho de familia tiene esta naturaleza. Fundamentalmente, los **principios de naturaleza imperativa** se encontrarían en la regulación de las **relaciones verticales** – las de padres e hijos –, es decir, aquellas en que el ordenamiento jurídico atribuye a alguien una potestad para que ejerza una función en beneficio de quien no puede actuar por sí mismo, por su minoría de edad o incapacidad. Mientras tanto, en las relaciones horizontales – las que se producen entre cónyuges o convivientes - dominaría el principio de igualdad y de autonomía de la voluntad.

ROCA TRÍAS⁵ manifiesta que “hay que admitir que el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de los cónyuges en la regulación de sus intereses patrimoniales ha sido admitido de forma habitual por la legislación, la doctrina y por los tribunales. Ello significa que en esta materia, en lo que he denominado relaciones horizontales, los cónyuges tienen una oferta doble: o bien ejercitan su autonomía y pactan lo que crean más conveniente, tanto en lo relativo a las relaciones constante el matrimonio, como en lo que afecta a los efectos de la crisis matrimonial, o bien dejan de pactar o no ejercen su autonomía en todo lo relativo a estas materias y dejan actuar las mismas reglas que suplen los acuerdos”.

No obstante, en las propias relaciones horizontales, también existen límites a la autonomía de la voluntad, como los contemplados por las SS TS, 1ª, 217/2011 de 31 de marzo, 758/2011, de 4 de noviembre, y 233/2012, de 20 de abril, que resuelven supuestos en que existían acuerdos entre cónyuges, algunos contenidos en el propio convenio regulador, pero distintos de los contemplados en el art. 90 CC, y a los que ha sido aplicado el principio de la autonomía de la voluntad, basado en la libertad de los cónyuges.

Para DÍEZ PICAZO⁶ “también está en juego, en este lugar, los límites de la autonomía privada, entre los cuales se encuentra la frontera de lo indispensable, por pertenecer a lo que se ha llamado, en la técnica del Derecho civil, ‘el orden público’, pues, a mi juicio, orden público y ámbito de indisponibilidad son conceptos sinónimos.

En este sentido se podría cuestionar si puede hablarse de un orden público familiar de la misma manera que puede hablarse de un orden público. En mi opinión la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa. Hay un orden público familiar y lo que corresponde al orden público familiar es indisponible y queda más allá de las posibilidades de actuación de la autonomía privada. Lo que ocurre, probablemente, es que, tras la Constitución, el orden público familiar no cubre exactamente el mismo terreno que con anterioridad cubría. Sin

⁴ DÍEZ PICAZO, Luis: “Familia y Derecho”. Civitas Monografías, Madrid, (1984), pág. 33.

⁵ ROCA TRÍAS, Encarnación: “Libertad y familia”. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 10.12.2012, pág. 62.

⁶ DÍEZ PICAZO, Luis: “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de familia”. Cit. pag. 44.

embargo, sí creo que podemos extraer ciertas conclusiones: sobre todo la de que la nación, al organizarse, ha reconocido el fenómeno familiar como un elemento básico. Resulta así, sobre todo, del art. 39.1 de la Constitución (‘Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia’), pero se desprende también de algún otro precepto (por ej. Del art. 18 que garantiza el derecho a la intimidad familiar, etc.), esta conclusión – el fundamento constitucional de la familia, como elemento básico de nuestro modelo de sociedad – ha de iluminar el estudio del convenio, aun en el supuesto de que lo inscribamos en el ámbito de la autonomía privada, como una manifestación de la misma y como un tipo de negocio jurídico familiar”.

En consecuencia, hay que empezar por distinguir entre materias dentro del Derecho de familia que, por estar incluidas en el orden público, no pueden ser objeto de pacto alguno, y aquellas otras que, dentro de las materias disponibles, pueden no ser válidas, pero no por la materia, sino por el contenido del pacto en sí. No pueden ser objeto de convención las condiciones esenciales del matrimonio, como quién puede contraer matrimonio o cuáles son las formas matrimoniales⁷. Por ello, todo pacto que afecte a su plazo (el matrimonio a término), a su unidad simultánea, a su posibilidad de disolución o a la igualdad de los cónyuges, no sería válido⁸. Otro tanto, ocurre con la condición de los hijos. Una convención por la que unos progenitores acuerden diferencias entre sus hijos por origen, raza o color, por ejemplo, sería nula.

Pero ¿todo pacto relativo a los hijos es inválido por razón de la materia - por afectar a menores - o únicamente cuando el contenido del acuerdo sea contrario al “*bonum filii*”?

La STS, 1ª, 217/2011 de 31 marzo⁹ se ha pronunciado sobre el hecho de que “*La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3251), que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: ‘en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.c.’.*”

Esta misma STS, 1ª, 217/2011 de 31 marzo¹⁰ incluye que “*La sentencia de 23 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9758) distinguía entre convenio regulador y acuerdos transaccionales posteriores, reconociendo que ‘[...] una vez homologado el convenio [...], los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial; la sentencia de 22 abril 1997 (RJ 1997, 3251) declara que ‘es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes’. ‘No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez’, teniendo en cuenta que el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez, sólo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal ‘como negocio jurídico’. En consecuencia, ‘las partes deben cumplir el*

⁷ En este sentido, el TEDH confirmó la exclusión por nuestro país de la forma del matrimonio gitano en STEDH de 8.12.2009.

⁸ A este respecto debemos dejar constancia de nuestra opinión sobre lo efímero de estas condiciones esenciales ínsitas en el orden público. Concretamente respecto al matrimonio, hace muy poco tiempo nadie habría pensado que la diferencia sexual de los contrayentes no fuera un elemento esencial de orden público y, sin embargo, en España y en otros países de Occidente, hoy se ha legalizado la unión conyugal entre personas del mismo sexo. Cualquiera hubiera pensado que la poligamia, tan ampliamente permitida en el mundo de hoy y en la Historia, podía ser excluida del orden público nacional antes que la diferencia sexual y, sin embargo, no ha sido así. En Brasil, uno de los fundadores del Instituto Brasileiro de Família de PARANÁ, Marcos Alves da Silva, ha defendido que “*la monogamia ha dejado de sustentarse como principio estructurante del estatuto jurídico de la familia*”. ¿Veremos algún día autorizado el matrimonio poligámico? ¿Y el incestuoso, como en el Antiguo Egipto?

⁹ Pte: Roca Trías. RJ\2011\3137.

¹⁰ Pte: Roca Trías. RJ\2011\3137.

R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

*negocio jurídico concertado según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 C.c.; la sentencia de 27 de enero de 1998 (RJ 1998, 110) , con cita de la anteriormente transcrita, afirma que ‘salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos interpartes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si éste se desenvuelve dentro de los límites lícitos de la autonomía de la voluntad’ . La sentencia de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9649) afirma que aparte del convenio regulador, que tiene ‘carácter contractualista’, no se impide que al margen del mismo, ‘los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado [...] tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges **en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial** y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el art.1255 C.c.’. Asimismo, la sentencia de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1619) reconocía la validez de un contrato privado de liquidación de la sociedad de gananciales con la consideración de que ‘los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio) en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 C.c.) pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 C.c.), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter ‘ad solemnitatem’ o ‘ad substantiam’ para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia’. En el mismo sentido debe citarse la sentencia de 17 octubre 2007 (RJ 2007, 7307). Esta jurisprudencia ha dado lugar al art. 233-5 CCCat (LCAT 2006, 418, 486), que establece que estos pactos vinculan a los cónyuges. (...)*

La STS, 1ª, 758/2011, de 4 noviembre¹¹ considera que “pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en unas capitulaciones matrimoniales (STS 1053/2007, de 17 octubre (RJ 2007, 7307)), ya sea en documentos complementarios (STS 217/2011, de 31 marzo (RJ 2011, 3137))¹².

De aquí se deduce que los cónyuges pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador, que tendrá las características del Art. 153 CC , es decir, se tratará de alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el Art. 1791 CC , o gratuitos, como ocurre en este caso. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría porque los contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges. (...)

QUINTO.- Doctrina jurisprudencial. (...) Esta Sala fija la siguiente doctrina: el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos”.

Finalmente, la STS, 1ª, 233/2012, de 20 abril¹³ estima que “Independientemente de la denominación que las partes hayan establecido para el derecho pactado en el convenio regulador, cuya cláusula novena es ahora objeto de discusión, debe partirse en la presente

¹¹ Pte: Roca Trías. RJ\2012\1248.

¹² Según la STS, 1ª, 217/2011 de 31 marzo¹² “los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 octubre 2007 (RJ 2007, 7307))”.

¹³ Pte: Roca Trías. RJ\2012\5911.

R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

argumentación de dos elementos que concurren en este derecho, reiterados en sentencias de esta Sala:

1º La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración.

2º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS 217/2011, de 31 marzo (RJ 2011, 3137), confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997.

El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre (RJ 2012, 1248)), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes”.

Pero como también puntualiza ROCA TRÍAS¹⁴ *“El respeto a la libertad de las personas, lleva al reconocimiento de su autonomía en la fijación primero y renovación después, de las soluciones más convenientes relativas a sus relaciones familiares, tanto en lo que se refiere al ámbito **económico como personal**. La familia no es un órgano administrativo, regulado al cien por cien en leyes imperativas. Las decisiones de los miembros del grupo familiar se mueven en el ámbito de la autonomía hasta el punto que instituciones como el plan de parentabilidad, que pueden resultar exóticas a un intérprete que parta de un riguroso planteamiento público, al estilo Cicu, no dejan de ser nada más que la plasmación legal de una situación habitual: la negociación cotidiana sobre la forma de ejercer la potestad de los padres”.*

PARKINSON¹⁵ plantea que los cónyuges deben pactar la reorganización de la familia, que no deja de existir a pesar de que haya acabado el matrimonio.

DÍEZ-PICAZO¹⁶ reitera que *(...) prescindiendo del valor que pueda tener el concepto, de contornos necesariamente imprecisos, de negocio jurídico de Derecho de familia, es útil porque sirve para destacar que el principio de autonomía privada tiene cabida en el Derecho de familia, y para contrarrestar aquella corriente doctrinal que ha explicado los actos familiares de declaración de voluntad como actos de naturaleza no negocial; actos de poder estatal o actos de poder familiar, fundándose en que el Derecho de familia se halla dominado por el interés público, de cuya tutela están encargados los órganos del estado y los propios órganos familiares”.*

Como consecuencia de todo ello, lo importante es determinar cuáles son las materias o los pactos que se encuadran fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes o sus objetos son indisponibles. La patria potestad es indisponible e intransmisible, indelegable e insustituible, irrenunciable y de ejercicio obligatorio¹⁷. No obstante, el titular de esta función parental puede en defensa del hijo, ser excluido, privado, suspendido o

¹⁴ ROCA TRÍAS, Encarnación: ‘Libertad y familia’. Cit. pag. 213.

¹⁵ PARKINSON, Patrick: ‘Family Law and the Indisolvability of Parenthood’, Cambridge University Press. New York, 2011, pag. +36.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO L. ‘El negocio jurídico del Derecho de familia’, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XLIV (1062), pp. 771-792).

¹⁷ La STS, 1ª, de 11 de octubre de 1991 ha puntualizado que *“corolario forzoso de ello (de que no es facultativo sino obligatorio) es el carácter irrenunciable, que ostenta los derechos – como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio por parte de su legítimo titular –que impide al mismo abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue, así como su imprescriptibilidad, hasta el punto de que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que, por alguna razón legal y previa resolución judicial, se haya producido su extinción”.*

inhabilitado por decisión judicial, que, al propio tiempo puede determinar su ejercicio de forma distinta de la norma general, que es el compartimiento por parte de los dos progenitores en la totalidad de su contenido.

ROCA TRÍAS¹⁸ señala a este respecto que “*Ello convierte en importante la discusión acerca de los **límites de la autonomía de la voluntad en los pactos conyugales**, que fundamentalmente pueden concretarse en lo siguiente:*

1º Los derechos fundamentales. El art. 1328 CC declara la nulidad de aquellas estipulaciones capitulares contrarias a las leyes, las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge’.(...) Sí quiero poner de relieve que el pacto será nulo si limita no sólo la igualdad de los cónyuges tal como aparece reconocida en el art. 32.1 CE, sino también si lesiona de algún modo otros derechos fundamentales, como la intimidad, la libertad, la libertad religiosa, la exclusión del divorcio como forma de disolución del matrimonio, etc. de cualquiera de ellos. ...

Por ello me parece de dudosa aceptación en nuestro sistema jurídico el ‘covenant marriage’, que debe ser entendido como una especie de contrato de estabilidad matrimonial.

*2º Deben examinarse algunos posibles pactos que de alguna manera pueden bordear la licitud y me refiero a aquel por el que se excluya alguno de los efectos del matrimonio, tanto desde el punto de vista personal, es decir, los arts. 66-71, el art. 231-2 CCC y el art. 183 CDCFA, como desde el punto de vista del **régimen denominado primario**, que no aparece aludido directamente ni en el Código Civil ni en el Derecho catalán, pero que no puede ser excluido en los pactos matrimoniales aragoneses, según dispone el art. 185.2 CDCFA. Mi opinión es que la exclusión de los derechos y deberes del matrimonio produce la nulidad del pacto, no la nulidad del matrimonio en sí.*

3º Mayores problemas va a producir la cuestión de los capítulos donde se prevén los efectos de una futura crisis matrimonial. En principio no es dudoso que puedan aceptarse este tipo de pactos al amparo de la autonomía de la voluntad del Código civil, aunque no estén previstos expresamente en el art. 1325 CC, que, sin embargo, admite ‘cualquiera otras disposiciones por razón de matrimonio’. (...)

Pero el caso específico de los pactos relativos a la previsión de una ruptura matrimonial se recoge solo en el art. 231-20 CCC, que de forma expresa regula esta posibilidad”.

MESA MARRERO¹⁹ hace una interesante reflexión a este respecto: “*Por lo que se refiere a las relaciones horizontales que afectan a los cónyuges, la autonomía privada tiene más amplio margen de intervención, aunque cuenta también con ciertas limitaciones derivadas principalmente del carácter imperativo que tienen la mayoría de las normas del Derecho de familia. En este sentido **está claro que los cónyuges no pueden prescindir de las reglas que afectan a la forma de constitución del matrimonio, ni tampoco de los efectos personales y patrimoniales que se encuentren predeterminados por la ley.** (...) Ahora bien, lo que **no podrán en ningún caso, es excluir el régimen económico**; a falta de capitulaciones, la Ley impone un régimen supletorio, el de sociedad de gananciales (art. 1316 CC). Tampoco cabe un pacto que excluye determinadas reglas patrimoniales que la Ley prevé para todos los matrimonios (las que configuran el llamado **régimen matrimonial primario**), como sucede con las que se refieren a la **responsabilidad por las deudas contraídas en ejercicio de la potestad doméstica** (art. 1319 CC), o la regla que exige el **consentimiento del cónyuge no titular para disponer de los derechos de la vivienda habitual** (art. 1320 CC). (...)*

¹⁸ ROCA TRÍAS, Encarnación: “Libertad y familia”. Cit. pag.81.

¹⁹ MESA MARRERO, Carolina: “Arbitraje y familia: El modelo canadiense y su posible proyección en el Derecho español”. AC, 2ª quincena marzo 2012, num 6, pag. 567.

En el largo periplo que va desde la prohibición de pactar los cónyuges, hasta la reforma legal del matrimonio e instauración del divorcio libre por la simple voluntad de cualquiera de los esposos, especie de repudio, se mantenido una línea no siempre clara, pero sí constante, conducente a la legalidad y eficacia de toda clase de convenios, susceptibles, eso sí, de invalidez, además de por las causas que invalidan toda clase de contratos, por ser contrarios a la igualdad de los esposos y por ser dañosos para los menores e incapacitados, que puedan ser objeto de las convenciones.

El hecho de que cuando lo convenido sea contrario al interés de los menores o, no digamos, cuando sea opuesto a la Ley, pueda ser declarado ineficaz, no convierte a la materia en indisponible. De la misma forma que en la contratación, en términos generales, la prohibición de pactar en contra de la ley, la moral o el orden público no convierte en indisponibles todas las materias objeto de los contratos, sino que únicamente los invalida por el contenido de la convención. Como dice ROCA TRÍAS²⁰ *“La autonomía de la voluntad de los cónyuges está limitada, de la misma manera que el art. 1255 CC limita la de los contratantes”*.

Es indisponible aquello que no puede ser objeto de pacto. En ningún sentido. Pero sí, de conformidad con la legalidad vigente, los padres pueden pactar sobre el ejercicio de la patria potestad, sobre el orden de vida y residencia de sus hijos menores, sobre su educación y su formación, sobre su cuidado y custodia, sobre el régimen de relación con el progenitor no custodio u otros parientes o allegados, o sobre el importe de la participación respectiva en el levantamiento de la obligación de los alimentos que les corresponde, eso quiere decir que las materias citadas son disponibles. Y ello no se contradice por el hecho de que si lo pactado fuera contrario a la ley, a la moral o al orden público, o contrario al interés de los menores afectados, será inválido.

2.- VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS PACTOS SOBRE LOS HIJOS MENORES.-

LÓPEZ BURNIOL²¹ a su propia pregunta de si pueden los titulares de la patria potestad pactar sobre sus hijos, incluye la siguiente respuesta: *“En esta línea Díez-Picazo L. (“El negocio jurídico del Derecho de familia”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, XLIV (1062), pp. 771-792), a quien venimos siguiendo, enumeró, en un trabajo publicado hace ya veinte años, los siguientes negocios jurídicos familiares contemplados entonces por el Derecho positivo español:*

a.- La promesa de matrimonio (art. 43 CC)

b.- El matrimonio

c.- El supuesto del art. 71²², conforme al cual lo dispuesto por los párrafos 1º y 2º del art. 70 (cuidado de los hijos una vez ejecutoriada la nulidad del matrimonio) no tendrá

²⁰ ROCA TRÍAS, Encarnación: “Libertad y familia”. Cit. pag. 79.

²¹ LÓPEZ BURNIOL, Juan José: “Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales”. en “Convenios reguladores de las crisis matrimoniales” (Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2ª edic. 1989, pags. 45 y 46).

²² Artículo 71 CC: Redacción originaria: “Lo dispuesto en los párrafos 1º y 2º del artículo anterior no tendrá lugar si los padres de común acuerdo, proveyeren de otro modo al cuidado de los hijos”.

Redacción por Ley de 24 de abril de 1958: “Lo dispuesto en los párrafos 1º y 2º del artículo anterior no tendrá lugar si los padres de común acuerdo, proveyeren de otro modo al cuidado de los hijos, dejando siempre a salvo lo establecido en los dos últimos párrafos del mismo artículo”.) [Vigente hasta la Ley 30/1981 de 7 de julio.]

Artículo 70 CC: Redacción originaria: “Ejecutoriada la nulidad del matrimonio quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos hubiese habido buena fe.

Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos.

Si la mala fe fuere de ambos, el tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número 2 del artículo 73 (Si ambos fueren culpables, se proveerá de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiera dispuesto, la madre tendrá a su cuidado en todo caso, a los hijos menores de tres años).

lugar si los padres, de común acuerdo proveyesen de otro modo el cuidado de los hijos, dejando siempre a salvo lo establecido en los dos últimos párrafos del referido artículo.

d.- El reconocimiento del hijo natural (art. 133).

e.- El convenio que entre el deudor y el acreedor de una obligación de alimentos se celebre respecto a su cuantía.

f.- El acto de constitución de un peculio profecticio (art. 161).

g.- La adopción.

h.- La disposición del padre o de la madre por la que se nombran tutor y protutor a los hijos menores o incapacitados, y se establece, dentro de los límites legales, la ordenación de la tutela (arts. 206, 260, 294 ...).

i.- Los acuerdos y disposiciones del Consejo de familia proveyendo a la ordenación de la tutela.

j.- La emancipación por concesión del padre o de la madre.

k.- La concesión del beneficio de la mayor edad por el Consejo de familia (arts. 322 y 323).

l.- El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio o capitulaciones matrimoniales.

ll.- Las donaciones nupciales del art. 1327.

m.- La constitución de la dote.

Debe destacarse el supuesto del art. 71 por su importancia como antecedente inmediato del convenio regulador”.

Esta enumeración se formuló antes de que las reformas legislativas, fundamentales en la línea aperturista sobre la autonomía de la voluntad en materia familiar, a través de las leyes 13 y 30/1981 de 13 de mayo y 7 de julio y las Disposiciones Adicionales de ésta última, introdujeran de manera formal la posibilidad de pactar sobre los efectos de la ruptura matrimonial.

SERRANO DE NICOLÁS²³ enfatiza la evolución que el Derecho viene reconociendo a un aumento de la disponibilidad en las materias familiares, cuando dice que *“la nueva*

Los hijos e hijas menores de tres años estarán, hasta que cumplan esa edad al cuidado de la madre, a no ser que por motivos especiales, dispusiere otra cosa la sentencia..

Redacción por Ley de 24 de abril de 1958: “Ejecutoriada la nulidad del matrimonio quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos hubiese habido buena fe.

Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos.

Si la mala fe fuere de ambos, el tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número 2 del artículo 73.

Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esa edad al cuidado de la madre.

Sin embargo de lo establecido en estas normas, si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese por motivos especiales, proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado por él.

Por análogos motivos y en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el juez que haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional, según las circunstancias del caso”.

²³ SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, en *“El nuevo Derecho de la persona y la familia”* Coordinado por R. Barrada, M. Garrido y S. Nasarre, Bosch, Barcelona 2011, pag. 350.

orientación, de reconocimiento a la libertad individual de los cónyuges, como ya señaló la temprana sentencia de la Corte constitucional italiana n° 91/1973, implica – en el CCC incluso reconocido positivamente – la legitimación de la actividad negocial entre los cónyuges para la resolución de la crisis conyugal, ‘sin peligro de nulidad de lo pactado’ con base en la alegación de que era ‘indisponible la materia sobre la que recaen los acuerdos’. Además cabe matizar que podrá ser nulo algún pacto (por infracción de norma imperativa), pero no necesariamente arrastrará todo el resto de lo convenido”.

En cualquier caso, la patria potestad o función parental en cuanto a su ostentación no puede ser objeto de pacto alguno. No se puede ceder, ni transferir, ni renunciar. Se trata – esta sí – de una materia indisponible.

Como señala GIL MIQUEO²⁴ “(...) una nueva línea jurisprudencial viene abriéndose paso y que parece la más coherente tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005” (...) que ‘viene reflejada en la STS num. 97/2005’²⁵”.

Esta Sentencia dice así: “Y en lo que respecta a los convenios entre los padres, aparte de que el Tribunal, en su análisis de las pruebas practicadas, afirmó que no encontraba causa alguna para hacer un pronunciamiento contrario – afirmación que ponía de manifiesto cómo actuaba en la perspectiva del interés del menor – cabe señalar que tanto la Constitución – artículo 39 – como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno-filiales – especialmente el artículo 154 del Código civil – **reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención – sin perjuicio de sus deberes de prestación – está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor**, lo que explica el carácter y sentido de la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de ruptura de relaciones de otra índole en que estén implicados sus hijos menores, razones que abogan, por tanto, para la desestimación de los dos motivos”²⁶.

PINTO ANDRADE²⁷ reflexiona sobre esta cuestión, manifestando que “en líneas generales, y sin entrar en particularidades, existen al menos dos cuestiones indisponibles. No son negociables aspectos relativos al estado civil matrimonial no a la configuración legal del matrimonio como institución, ni caben pactos que perjudiquen el interés de los hijos (STC 4/2001, de 15 de enero, SAP Guadalajara 25 de mayo de 2005): En efecto, dentro de las normas del ‘ius cogens’, **el principio ‘favor filii’ descuella como el límite de mayor importancia contra la validez y eficacia de los acuerdos en previsión de la ruptura matrimonial**. Los derechos de los hijos menores caen en la órbita del ‘ius cogens’ y defensa de oficio por el Ministerio Fiscal y por los Tribunales (art. 91 CC) en donde prima el principio del ‘favor filii’ y que tanto si se regulan en pactos extrajudiciales como en el propio Convenio Regulador previsto en el art. 90 CC, no pueden ir contra el interés de los propios hijos, según se desprende del conjunto normativo de los arts. 154, 156, 158, 159, 164, 166 y 167 CC en relación con el art. 1258 CC, por lo que el pacto ha de pasar por el control judicial en cada proceso que se incoe (SAP Barcelona 12ª de 19 de noviembre de 1999”.

Los arts. 90, 92, 96, 103, 152 y 156 del Código civil, reformados por estas disposiciones legales, permiten los acuerdos de los progenitores en materia de relaciones paterno-filiales, y concretamente en cuanto al ejercicio de la patria potestad, al régimen de custodia – residencia y relación – estancias, comunicaciones y visitas - con el no custodio, así como sobre alimentos, con el sólo límite en el **contenido** de lo pactado de no dañar a los

²⁴ GIL MIQUEO, Javier: “El convenio regulador”, en “Derecho de familia”, coordinado por Carlos Villagrasa, Bosch, Barcelona 2011, pag. 363.

²⁵ Sala de lo Civil, Sección 1ª de 14 de febrero. Pte: Almagro Nosete EDJ 2005/11808.

²⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: “El convenio regulador y su aprobación judicial”. Revista Jurídica General, Boletín del ICAM, n° 8, 3ª época, nov. 1997, pag. 78.

²⁷ PINTO ANDRADE, Cristóbal: “La genérica validez de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial” (RDF, n° 49, año XII, 4º trim. 2010, pag. 74).

hijos. Además, el propio art. 156 CC permite los posibles pactos, expresos o tácitos, con el otro titular de la patria potestad en cuanto a su ejercicio o sobre lo realizado por uno solo, de conformidad con el uso social y en circunstancias o situaciones de urgente necesidad.

En la línea permisiva de la posibilidad de pactar los esposos, no sólo en el convenio regulador de su ruptura, sino más allá, la STS, 1ª, de 31 marzo 2011²⁸ ha reconocido que “*los cónyuges pueden contratar entre sí fuera del convenio regulador, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez*”.

Con independencia de la posibilidad sancionada por el art. 156 CC, lo que aquí debemos examinar es la cuestión de en qué medida es lícito el pacto sobre pormenores concernientes a la patria potestad. O, dicho de otra manera, cuales son las materias incluidas en la función parental, que pueden ser objeto de convenio entre sus titulares y cuáles son la validez y eficacia de estos convenios por sí mismos; y, en segundo término, en qué medida es necesaria la homologación o aprobación judicial para su eficacia y cuál es la consecuencia de la misma; y en tercero, cual es la efectividad y exigibilidad de los pactos entre progenitores, que no hayan sido sometidos a la homologación judicial.

Hay que partir de que los padres, que ostentan la patria potestad compartida sobre sus hijos menores e incapacitados, de común acuerdo, pueden realizar toda clase de actos en relación con ellos, sin más límites que los de que estas acciones deben ejercerse en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad (art. 154 CC). Mientras se cumpla este objetivo, no se discute su eficacia.

NAVAS NAVARRO²⁹ considera que “*El interés del menor representa un límite legal a la autonomía de la voluntad de los adultos cuando deciden establecer pactos que van a afectar a la futura convivencia con sus hijos menores (art. 111-6 CCC, art. 1255 CCE)*”.

El punto de partida debe ser el de la normalidad familiar y la convivencia de los progenitores. Éstos ostentan – ambos - la patria potestad, que ejercerán conjuntamente o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo incluso válidos los actos que realice uno de ellos sin el otro, conforme al uso social o en circunstancias y situaciones de urgente necesidad (art. 156 CC). Únicamente en casos de discrepancia pueden – deben - acudir al juez para dirimir la discordia. Pero si no existe disconformidad, son ellos quienes de acuerdo, resuelven todo lo que les parezca respecto de sus hijos. Por su conformidad, que es válida y eficaz, a la par que deseable. Y entre estos progenitores los hay incultos, obtusos, ineducados y marginales. Da igual. Mientras no exista un maltrato, un abuso, un abandono o un desamparo del que sea víctima el menor, los poderes públicos no entran en juego. El Estado no comparte la potestad sobre los hijos. Los padres les fijan y cambian de residencia cuando lo desean; instalan su vivienda donde les parece, mejorando o empeorando la anterior, que puede estar en un lugar u otro, ser mayor o menor y estar dotada de más y mejores servicios o menos y peores; les inscriben y cambian de escuela o colegio y eligen una educación pública o privada, confesional o no, mixta o monosexual. Los padres les vacunan, cuando les parece, les someten a tratamientos dentales o psicológicos, les medican o les dan vitaminas, les ingresan en clínicas, autorizan intervenciones quirúrgicas, incluso a vida o muerte, y disponen de sus órganos, eligiendo facultativos, clínicas y hospitales. Les visten a su antojo y les calzan a su criterio. Les autorizan excursiones y estancias en otras ciudades y países, les envían a campamentos o universidades. Les inscriben en actividades de pintura, música, equitación o esgrima, clases de inglés o chino, música o grabado. Les prohíben o permiten ver la televisión, leer libros o jugar con instrumentos informáticos. Todo. Todo lo pueden hacer. Y nadie juzga, ni puede juzgar, si eso es lo mejor, si hay otra alternativa superior o menos mala. El Estado no ejerce la potestad sobre los hijos. Son los padres.

²⁸ Pte: Roca Trías, La Ley 29142/2011.

²⁹ NAVAS NAVARRO, Susana: “*Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia*”, en “*El nuevo Derecho de la persona y la familia*” Coordinado por R. Barrada, M. Garrido y S. Nasarre, Bosch, Barcelona 2011, pag. 642.

R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

ISSN: 2340-4647

Pero si los padres se separan, si la unidad vivencial entre ellos se rompe, entonces se cuestiona todo el orden de las cosas. Los padres – los dos – no deben poder por sí solos disponer como antes. Ahora tiene que intervenir la comunidad para examinar sus decisiones y, primero, decidir si es eficaz lo que ellos convengan; después, jueces y tribunales, con absoluto desconocimiento de esta familia y estos hijos en concreto, y negando a esos padres el derecho a imprimir su propia impronta y no la de ellos, deben juzgar lo que consideren mejor o peor para los menores; y finalmente, se introduce la figura del Fiscal para defender a los hijos frente a los padres. Y todo esto, no porque se hayan detectado unas conductas perniciosas o impropias, ni siquiera porque los padres no estén de acuerdo, sino aunque estén conformes y así lo convengan, sólo porque han separado – o van a separar – sus vivencias. Por lo visto, basta que afronten esta posibilidad de ruptura para que haya que analizar sus decisiones, discutir las y sustituirlas por otras ajenas.

El dislate llega a sus últimos extremos cuando tenemos en cuenta que es precisamente cuando están separados y la influencia de la voluntad u opinión de uno sobre la del otro es menos previsible y, por lo tanto, la duplicidad de puntos de vista es más independiente y eficaz, es en ese momento cuando la decisión que adopten de consuno es más fácil que sea la mejor, la más adecuada y benéfica para los hijos. En los momentos de ruptura, la capacidad de acuerdo está en sus límites inferiores. Cuando, a pesar de ello, alcanzan una decisión de conformidad es algo que debe ser no sólo plausible, sino prácticamente incuestionable.

Recordemos que la posible privación de la patria potestad ha de tener su base únicamente en el incumplimiento de los deberes que impone la ley para esta función o el ejercicio de la misma de forma perjudicial para el menor. Y con suma cautela. Hay que tener en cuenta que los padres representan a los hijos menores o incapacitados bajo su potestad, con contadas limitaciones relacionadas con actos personalísimos y con la disposición de sus bienes, y a través de actos realizados en su nombre que dejen obligados a aquellos. También hay que pensar que, con su concierto, pueden a partir de los 16 años nada menos que ser emancipados y desde los 14 en alguna Comunidad Autónoma realizar algunos actos trascendentes.

Por lo tanto, pese a la ruptura de la convivencia entre los progenitores y de otros vínculos legales entre ellos, que pueden no haber existido nunca, los principios inspiradores de la patria potestad se mantienen. Sólo el art. 156 CC *in fine* afronta esta situación de ruptura señalando que el ejercicio – no la ostentación – de la función de la patria potestad sobre los hijos se ejercerá por el progenitor con el que convivan, si los padres viven separados, al igual que en los casos de ausencia, incapacidad o imposibilidad material de hacerlo uno de los progenitores, en que corresponde hacerlo al otro. Pero este mismo precepto consagra la situación de normalidad basada en el acuerdo, dando entrada a la actuación judicial en sustitución de las de los padres, únicamente “*en caso de desacuerdo*” entre ellos.

Subrayemos que en situación de normalidad, como opuesta a la de crisis de la pareja paterna, la actuación concorde de los padres no es contestada por nadie, salvo que se declare al menor en situación de desamparo (art. 172 CC). El criterio de mínima intervención debe tenerse presente también en este campo.

En **materia contractual**, con carácter general, hay que recordar el principio de autonomía de la voluntad y libertad de pactar, de forma que el art. 1.255 CC establece que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente. Los límites, que señala este mismo precepto a la libertad citada, están impuestos por las leyes, la moral y el orden público y entre ellos, como principio universal, el interés del menor³⁰. La validez y eficacia no puede dejarse al arbitrio de uno de los

³⁰ ROCA TRÍAS, Encarnación, en “*Libertad y familia*”. Cit. pag. 79 concreta que “*La autonomía de la voluntad de los cónyuges está limitada, de la misma manera que el art. 1255 CC limita la de los contratantes. Pero básicamente, la referencia debe efectuarse a los derechos fundamentales a los que se refiere el art. 32.1 CE cuando* R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013 ISSN: 2340-4647

contratantes (art. 1.256 CC) y los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde ese momento obligan al cumplimiento de lo convenido y a todas las consecuencias que sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1.258 CC)³¹.

Para que exista contrato han de concurrir consentimiento libre - no prestado por error, violencia, intimidación o dolo -, objeto - que no puede estar fuera de la disponibilidad de las personas, - y causa - que incluye la mera liberalidad en los de pura beneficencia - (arts. 1.261 y sigtes. CC).

Específicamente entre cónyuges, el art. 1.323 CC autoriza a los esposos a celebrar entre sí toda clase de actos y contratos, naturalmente con los límites establecidos anteriormente. Al propio tiempo el art. 1.328 CC establece que *“será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”*.

Guarda estrecha relación con la facultad de los padres de pactar cuestiones que afectan a sus hijos, que el art. 154 CC, que mantiene su efectividad en los supuestos de crisis familiar, con ruptura de la vida en común, mientras no sea uno de los progenitores suspendido o privado de la patria potestad, determina que los hijos no emancipados *“están bajo la potestad del padre y la madre”*. Entre las facultades - y deberes - incluidos en la potestad se encuentra el de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y darles una formación integral. El ejercicio de la patria potestad, de conformidad con el art. 156 CC, debe realizarse *“conjuntamente por ambos progenitores o por uno con el consentimiento del otro”* y **sólo** en caso de *“desacuerdo”*, puede resolver el Juez atribuyendo la facultad de decidir a uno de ellos.

Tanto la mención del consentimiento para el ejercicio, que revela que se trata de expresión de la voluntad, característica de la convención, como la expresión *“en caso de desacuerdo”*, a lo que se añade la facultad del Juez de atribuir a uno de los padres la facultad de decidir por sí sólo, ponen de manifiesto la eficacia del pacto y del mantenimiento de la decisión de cuanto afecta a los hijos dentro del área de acción de los progenitores. Este precepto corrobora la eficacia de lo convenido por los padres, que ostentan la patria potestad sobre sus hijos y que, aún cuando vivan separados - art. 159 CC -, el Juez únicamente puede determinar cuál de ellos ostentará la función del cuidado de los hijos, si ellos *“no decidieren de común acuerdo”*. Porque si los padres convienen quién de ellos estará en el ejercicio de la potestad, el Juez carece de toda facultad para intervenir y el pacto entre los progenitores sobre el ejercicio de la potestad, será válido y eficaz.

Incluso, en la redacción originaria del Código Civil, cuando todavía existía una normativa negativa de la eficacia de los pactos entre cónyuges, y estaba necesitada la mujer casada de la licencia de su marido para completar su capacidad, al referirse a la nulidad del matrimonio, en el régimen automático establecido para los hijos, se determinaba que quedaban los varones mayores de tres años al cuidado del padre y las hijas al de la madre, en los supuestos de buena fe de ambos (art. 70), pero se consignaba una excepción (art. 71): *“no tendrá lugar si los padres, de común acuerdo, proveyeren de otro modo al cuidado de los hijos”*. La eficacia de lo convenido por los padres era total. Incluso entonces.

La STS, 1ª, de 31 enero 1985 ha confirmado la tendencia a ampliar el ámbito de disponibilidad en relación con los hijos. Así ha señalado que *“el otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales y de un documento privado sobre separación de hecho de los cónyuges y atribución de los hijos, no es supuesto incluido en la prohibición de este art. 1814, cuando ello se refirió a la situación económica del matrimonio, sin afectar a la sustancia del vínculo”*.

establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La vía más habitual para el ejercicio de la autonomía de la voluntad la constituyen los capítulos matrimoniales”.

³¹ Ya la SAT Bilbao 9.7.1982 reconoció la validez de los pactos de separación de hecho.

En el **convenio regulador** de los efectos de la nulidad, separación o divorcio, introducido en 1981, entre los objetos **necesarios** del convenio, expresamente incluidos en sus mínimos se encuentra *“la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que viva con ellos”*, así como *“la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso”*.

O sea que los padres **no sólo pueden, sino que es deseable que pacten el ejercicio de la patria potestad, el cuidado y convivencia de los hijos con ellos y el régimen de relación con el progenitor no custodio**. Si **tienen** que convenirlo, es evidente que **pueden hacerlo** y ello implica la validez y eficacia de su pacto, dejando para la autoridad judicial, la posibilidad de dejarlo sin efecto, aunque únicamente y exclusivamente – art. 90 CC – cuando los convenios sean *“dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”*, supuesto este último que supone la infracción del principio de igualdad entre ellos del que también se hace eco el art. 1.328 CC. Pero para dejar sin efecto algo, tiene que existir de modo eficaz.

Los padres, pues, tienen la posibilidad de pactar válidamente sobre estas cuestiones relativas a sus hijos. La materia en sí misma es susceptible de convenio. Es disponible. Lo que puede determinar su invalidez es el sentido de lo pactado. Aquí entra en juego el interés del menor, únicamente en su vertiente negativa y no en la positiva, para que el Juez pueda rechazar los pactos, pues, de otro modo, viene obligado a aprobarlos (art. 90 CC). Sólo si existe **daño** para el menor y no si se opina que de otra forma tendría un superior beneficio, puede el Juez rechazar el pacto. Y esta posibilidad de convenir sobre la materia, se reafirma cuando se establece que, en el supuesto de que el Juez rechazara una estipulación por considerar que daña al menor, lo que debe hacer es requerir a los padres para que le sometan un nuevo texto (art. 777.7 LEC): un nuevo acuerdo. Sólo si estas dos proposiciones - las dos - las encuentra dañinas para el hijo, el Juez puede resolver. Es más, en el art. 90 CC³² cuando el juez deniega la aprobación se exige que lo haga de forma motivada, sin que exista la misma necesidad cuando la aprueba, siguiendo el imperativo del propio art. 90 CC, reforzándose así la generalidad de la aprobación frente a la excepcionalidad del rechazo.

En consecuencia, no cabe duda de que actualmente hay que reconocer la autonomía de la voluntad tanto en lo referido al aspecto organizativo de la familia, es decir, los capítulos matrimoniales, como en el de regulación de la crisis, es decir, los convenios reguladores y los pactos otorgados con ocasión de la separación o el divorcio, que afectan tanto a cuestiones económicas, como a las relativas a la vida futura de los hijos, el ejercicio de la potestad sobre ellos y su guarda y custodia, amén del uso por unos y otros de la vivienda familiar.

La misma ROCA TRÍAS³³ interpreta que *“Si hasta un determinado momento de la historia se ha considerado que era mejor no dejar a los interesados las decisiones sobre cuestiones que pueden calificarse de ‘sensibles’, léase las relacionadas con los hijos, a partir del momento en que el estado del bienestar de costos incontrolablemente caros, la tendencia va a ser la contraria. Así lo evidencia Dewar³⁴, para quien entre las razones para la limitación de la autonomía de los interesados, se encuentra su elevado costo, porque ello significa las más de las veces, trasladar a los poderes públicos el mantenimiento de los niños, pero no sólo de ellos, también de las madres cuando tienen ingresos insuficientes, que, por ello, deben pasar a depender de sistemas públicos”*.

³² Con manifiesta infracción del buen orden que obligaría a que esta mención, figurara en las normas procesales – LEC - y no en el texto sustantivo, se incluye esta obligación procesal en el Código Civil.

³³ ROCA TRÍAS, Encarnación: ‘Libertad y familia’. Cit. pag. 65.

³⁴ DEWAR, J: “Family Law and its discontents”. International Journal of Law: policy and family n° 14, 2000. pag. 66.

Interesa destacar antes de proseguir con nuestro análisis que, como defiende la propia ROCA TRÍAS³⁵, “*lo que sí deseo que quede absolutamente claro es, en primer lugar, que los problemas subsiguientes a la separación y divorcio **en relación con la guarda y custodia de los hijos menores corresponde resolverlos primordialmente a sus padres ...**; en segundo lugar, que las relaciones con los hijos continúan después de la sentencia que decreta la disolución del matrimonio; y en tercer lugar, que debería pensarse en la idea de que la familia cuyo matrimonio ha sido disuelto, debe reestructurarse en dos localizaciones distintas, porque como se ha venido afirmando a lo largo de este trabajo, la familia sigue existiendo. Y finalmente, aunque no se trata del elemento menor, hay que tener en cuenta que el límite de las facultades de pacto de los progenitores **es el interés del menor**, que constituye un concepto abierto ... en tanto en cuanto se utiliza por los tribunales para determinar si las decisiones tomadas respecto a la guarda y custodia de los niños se ajustan o no al interés del menor*”. Y que “*... aunque las normas sobre los menores son de derecho imperativo y los jueces deben tomar las medidas que sean necesarias en aquellos casos en que o bien no hay acuerdo o los acuerdos pueden ser perjudiciales, **la principal decisión corresponde a los cónyuges padres***”.

Problema singular es el que plantea el art. 1.814 CC, que prohíbe transigir sobre el estado civil de las personas, sobre las cuestiones matrimoniales y sobre los alimentos futuros, que tiene su proyección en la Ley Procesal, donde bajo el título de “*indisponibilidad del objeto del proceso*”, el art. 751 LEC que únicamente incluye bajo este rótulo, la renuncia, el allanamiento y la transacción, a los que declara sin efecto en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. En estos procesos, se limita la eficacia del desistimiento, exigiendo la conformidad del Ministerio Fiscal; y se declara la libertad de renunciar, allanarse, transar o desistir respecto a “*las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable*”.

Sin embargo, la STS, 1^a, 217/2011 de 31 marzo³⁶ hacía suya la consideración de que “*La sentencia de 23 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9758) distinguía entre convenio regulador y **acuerdos transaccionales** posteriores, reconociendo que [...] una vez homologado el convenio [...], los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial*”. La mención de los acuerdos transaccionales y su eficacia dibuja las posibilidades de transar.

Prueba de la imprecisión existente es que el citado art. 751.2 LEC, distingue entre objeto del proceso y pretensiones incluidas (discutidas) en el mismo (art. 751.3 LEC), pero no entre éstas, lo que permite considerar comprendidas en ellas, no sólo lo que constituye la petición principal, sino también los efectos o medidas, ya que no hace distinción alguna. Sin embargo, tal interpretación nos llevaría al absurdo puesto que, entre estos efectos o medidas, se encuentra alguno, como la pensión compensatoria, cuyo carácter de disponible no se discute por nadie y que, por lo tanto, puede ser objeto de desistimiento, renuncia, allanamiento o transacción. La excepción a esta prohibición que el art. 751.3 LEC consigna con carácter general, se refiere, pues, a las pretensiones que se formulen en los procesos mencionados, que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable.

¿Puede uno de los progenitores, demandante de la custodia sobre sus hijos, desistir de esta petición y mostrar su conformidad con que se atribuya dicha guarda al otro padre?. ¿Puede uno de los padres desistir de su petición de custodia y transar con el otro incrementando el régimen de relación? ¿Cómo es posible que, en cualquier litigio contencioso, se impulse – y en muchas ocasiones algo más que impulsar: se fuerce – a que

³⁵ ROCA TRÍAS, Encarnación: “Libertad y familia”. Cit. pag. 143 y 138.

³⁶ Pte: Roca Trías. RJ\2011\3137.

R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

las partes lleguen a un acuerdo, incluso, cuando se discute el ejercicio de la potestad, la custodia o las visitas, si este convenio fuera ilegítimo y la materia indisponible?.

Hay que tener en cuenta que en los procesos matrimoniales normalmente concurren un objeto principal – nulidad, separación o divorcio – y otras pretensiones, que son consecuencia de aquel, así como las pretendidas modificaciones de alguna o algunas medidas de un previo proceso de nulidad, separación o divorcio.

Cuando se trata de tomar decisiones que afecten a hijos menores o incapacitados es evidente que puede ser muy apropiado aumentar las prerrogativas de los Jueces. La presencia – mal regulada y mal puesta en práctica – de los Fiscales puede aumentar las garantías de dichos hijos. Pero es indiscutible que el primer canon, el criterio más adecuado y la opinión más fundada, con gran diferencia, es la de sus padres. La de cada uno de ellos lo es, pero la de los dos, cuando es concordante, cobra dimensiones y magnitudes gigantescas en comparación con las de los demás.

Si se quiere discurrir sobre la eficacia de lo que los padres pactan, no podemos hacerlo sin tener en mente que de lo que se trata de preservar es el interés del hijo y de evitarle perjuicios, y con esta idea en la cabeza, si ponemos en la balanza los acuerdos de los progenitores – los dos – y los comparamos con los criterios del Fiscal y los del Juez, el resultado a favor de aquéllos es de todo punto evidente.

Resulta absolutamente perogrullesco señalar que quienes sin duda conocen mejor lo que es más beneficioso para sus hijos, son los padres. Saben todas – o casi todas - las peculiaridades de los menores, y, en todo caso, mucho mejor que ninguna otra persona. Conocen su entorno, sus capacidades, gustos y limitaciones, así como las determinaciones que son posibles. Además, y salvo casos excepcionales, son quienes tienen mayor interés en el beneficio de sus hijos. A su deber, que lo tienen, de actuar en provecho de sus hijos, se une su deseo ferviente, que también generalmente lo tienen.

Es cierto que puede haber algún progenitor que se desentienda de sus hijos – los hay -, pero entonces no actuarán ni en un sentido ni en otro. También existen – éstos más, pero no tantos – que actúan en contra del bienestar de sus hijos, pero suele ser porque en su actuación prima su intención de utilizar a los hijos en contra del otro progenitor o en su propio beneficio. No se dan cuenta o no quieren darse cuenta, de que perjudican a sus hijos con estos actos de agresión contra el otro padre o madre.

Sin embargo, cuando ambos progenitores están de acuerdo en algo referente a sus hijos, hay que convenir en que eso debe ser, generalmente, lo mejor o lo menos malo para esos hijos. Este criterio debe ser mucho más beneficioso para ellos que lo que pueda pensar o decidir el Juez o el Fiscal, basados en criterios de libro, preestablecidos y no especiales para el caso específico o el sujeto concreto. Y si ese acuerdo se obtiene en momentos en que la coincidencia es más difícil, que es cuando están rompiendo su unión y están llenos de rencores y contradicciones, debe ser porque es absolutamente claro. Frente a las posibles decisiones gravemente perjudiciales adoptadas por los progenitores, cuántas hay lesivas para ellos, acordadas por los Tribunales por desconocimiento de los hechos, ignorancia de la realidad social, precipitación o desidia.

Pero es que, de cualquier forma, hay que recordar que la separación de los progenitores y la ruptura de cualquier convivencia entre ellos, no les priva, salvo excepciones muy raras, de la patria potestad sobre sus hijos. La patria potestad es la función que tienen los dos progenitores, a quienes no se les haya suspendido, de determinar libremente cuanto afecta a la vida y los bienes de los menores. Si se separan y no se ponen de acuerdo en el ejercicio de esta potestad, el órgano judicial podrá tener que arbitrar soluciones. Pero si están de acuerdo ¿por qué tiene que haber alguien que opine o, lo que es peor, decida, salvando siempre los supuestos en que se califique su actuación de lesiva para los menores o incapaces?.

Me parece que ya es bastante que ante la situación de crisis de la pareja progenitora, se cree un control para que no se actúe en perjuicio de los menores, que no existe en la convivencia. Pero ese debe ser el límite y no otro.

Esta situación todavía es más clara tras la importante reforma operada por la Ley 15/2005. En la modificación de la normativa sobre la separación y el divorcio se incrementa el “*ámbito de libertad de los cónyuges*” y “*se estima que el libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el art. 10.1 CE, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona*”.

También se determina que “*en definitiva el Juez, pueda propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto de todas o el mayor número de ellas*” (las medidas, entre las que ocupan un lugar preponderante las relativas a los hijos). “*De esta forma – continúa señalando esta Exposición de Motivos – las partes pueden pedir en cualquier momento la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio*”.

En conexión con este tema, se menciona en este Preámbulo que “*con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral*”.

No tendría sentido hacer hincapié sobre la mediación para “*alcanzar una solución consensuada*”, si la materia a *consensuar* fuera indisponible, o sea, que no pudiera ser objeto de consenso y si los resultados obtenidos, o sea, los acuerdos a que llegasen las partes – que tal es el objeto de la mediación –, no tuvieran validez y eficacia³⁷.

Termina esta Exposición de Motivos diciendo que “*consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad*”.

Además señala el mismo Preámbulo que “*se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida*”.

La posibilidad que confiere el Código Civil, tras esta reforma, para “*decidir*” sobre la custodia y para “*determinar*” las relaciones con el progenitor con el que no conviva, son claros reflejos de la validez y eficacia de los pactos sobre estos objetos, que no se reduce por la posibilidad que puedan ser dejados sin efecto por el Juez, pues es únicamente factible en el caso de que los pactos sean “*dañosos para los hijos*” (art. 90 CC) y no porque se invada un ámbito indisponible y ni siquiera porque el Juez piense que hay otros mejores. En realidad, se trata de una prevención en la misma línea que la general sobre su obligatoriedad en materia contractual del art. 1.258 CC, extensiva a sus consecuencias naturales, que también está limitada por la posibilidad de que se declare su invalidez por ser sus acuerdos “*contrarios a las leyes, a la moral y al orden público*”, en cuya excepción se encontraría cualquier pacto dañino para menores e incapacitados.

³⁷ En este sentido debemos reiterar que la Unión Europea continúa manifestando su decidido interés en impulsar la mediación como medio de resolver de forma extrajudicial los conflictos, aplicándolo a las cuestiones familiares, lo cual parte, como decimos, de que el acuerdo alcanzado a través de la mencionada mediación, tenga una efectividad porque lo contrario incidiría en el absurdo. A este respecto, se encuentra en tramitación la propuesta de Directiva 2004/0251 (COD).

En la nueva redacción del art. 771.2 LEC, dada por la Ley 15/2005, se señala que “*a la vista de la solicitud (de medidas previas), al Tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere los menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, en la que **se intentará un acuerdo de las partes** y que se celebrará en los diez días siguientes*”, siendo la única novedad introducida la expresión “*en la que se intentará un acuerdo de las partes*”.

En el punto 3 de este mismo artículo 771 LEC se especifica que “***si no hubiera acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar** o éste – el convenio – oído en su caso el ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el tribunal acuerde de oficio*”.

O sea, que esta tramitación sólo se impone si no hubieran alcanzado un acuerdo los progenitores, que ha de perseguirse inicial y persistentemente.

En el art. 773 LEC, sobre medidas provisionales coetáneas, se establece que “*también podrán ambos cónyuges someter a la aprobación del tribunal el acuerdo a que hubieren llegado sobre tales cuestiones. Dicho acuerdo no será vinculante para las pretensiones respectivas de las partes, ni para la decisión que pueda adoptar el tribunal en lo que respecta a las medidas definitivas*”, lo que, a *sensu contrario* indica que si hay acuerdo será “*vinculante*” para las medidas provisionales.

En el art. 774 LEC, sobre medidas definitivas, en su párrafo 1º, se dispone que “*en la vista del juicio, si no lo hubieren hecho antes, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia*”.

En el apartado 2 se especifica que “*a falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar*”; y en el 4 que “*en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna*”.

Condicionar todos estos trámites a la ausencia de acuerdo, subraya la eficacia de lo convenido, pues, en este caso, no habrá de seguirse esta tramitación, sino estar a lo pactado.

MESA MARRERO³⁸ manifiesta que “*Es sabido que en el ámbito de las llamadas relaciones verticales la autonomía privada encuentra mayores limitaciones, que derivan del carácter imperativo de las normas que se ocupan de esta materia, y cuyo principio rector es el mandato constitucional que obliga a los poderes públicos a asegurar ‘la protección integral de los hijos’ (art. 39.2 CE), y a los padres a ‘prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio’ (art. 39.3 CE). Por tanto, la regulación legal de la relación jurídica paterno-filial atiende exclusivamente al interés superior de los hijos, lo que hace que su cumplimiento no pueda dejarse al arbitrio individual (vid. Díez Picazo, L y Gullón, A: Sistema de Derecho Civil, vol IV, 10ª edic. Tecnos, Madrid 2006, pag 43). Naturalmente eso no impide a los padres tomar las decisiones que consideren oportunas respecto al cuidado, educación y formación de sus hijos con un margen amplio de libertad, que solo se vería limitado si tales decisiones perjudican o no respetan el interés del menor. Del mismo modo, en los supuestos de ruptura de la vida en común, la ley permite que los*

³⁸ MESA MARRERO, Carolina: “Arbitraje y familia: El modelo canadiense y su posible proyección en el Derecho español”. AC, 2ª quincena marzo 2012, num 6, pag. 567.

progenitores puedan pactar en el convenio regulador de su separación o divorcio las cuestiones relacionada con sus hijos en función de las circunstancias concretas de cada caso (en esencia, el acuerdo debe referirse, al menos, a las cuestiones que señala el art. 90 CC). Esos acuerdos contenidos en el convenio regulador ponen de manifiesto que los cónyuges disponen un importante grado de autonomía privada en esta materia, aunque la eficacia de tales acuerdos queda condicionada a la aprobación judicial (ex art. 90 CC) (Díez Picazo, L y Gullón, A: Sistema de Derecho Civil, vol IV, 10ª edic. Tecnos, Madrid 2006, pag 120: ‘no nos encontramos ante un puro negocio jurídico de Derecho privado, sino ante un acto mixto en el que intervienen los sujetos privados y la autoridad pública’). En cambio en los supuestos de separación de hecho, la libertad de decisión de los progenitores sobre los efectos de la ruptura en lo que afecta a los hijos no está supeditada al control judicial, por lo que parece que en tales situaciones sí estamos ante un negocio jurídico de Derecho privado. (...)

Ahora bien, el cumplimiento de esta función atribuida a los padres no debería considerarse incompatible con el reconocimiento de un mayor grado de autonomía que les permite adoptar acuerdos privados sobre cuestiones que afectan a los hijos”.

Por su parte, MORENO VELASCO³⁹ en relación con “*La autonomía de la voluntad de los progenitores en las materias relativas a los menores*”, opina que “*sobre esta materia, la mayor parte de los Juzgados y Tribunales mantienen la ineficacia de los acuerdos habida cuenta de que tratándose de materias de ‘ius cogens’, los pactos deben pasar por el control judicial para tener validez. Entre otros, el auto de la AP de Barcelona, sección 12ª, num. 111/2006, de 11 de mayo de 2006, mantiene esta tesis.*

No obstante lo anterior, la rotundidad de tal afirmación debe ceder ante una nueva línea jurisprudencial reflejada en STS num. 97/2005 (Sala de lo Civil). La meritada sentencia analiza el valor de los convenios entre los padres respecto a las materias de orden público relativas a los menores. En el caso analizado, el Alto Tribunal comienza manifestando que de las pruebas practicadas no existe razón para pronunciarse de forma contraria a lo pactado por los padres. Partiendo de dicha premisa señala que el art. 39 CE, como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno-filiales - especialmente el art. 154 CC -, reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad. De esta forma, y lo que es más trascendente en esta sentencia, el Tribunal Supremo mantiene que no cabe un dirigismo por parte de los poderes públicos, cuya intervención está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor. Así las cosas, el Tribunal Supremo limita la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores, a los supuestos en que se lesione o se ponga en peligro a un menor (...)”.

No debemos dejar a un lado que, dentro del orden procesal, el art. 751.1 LEC, afirma el principio de indisponibilidad, que bajo este título, lo refiere al objeto – sin matices -, en los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, y determina que no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento, ni la transacción, limitando de esta forma el derecho a realizar estos actos, concedido con carácter general, salvo excepciones, en el art. 19 LEC. Este precepto especifica la falta de efecto de estos actos, pero se debe diferenciar entre la posibilidad de realizarlo válidamente y su eficacia procesal. Es evidente que el allanamiento, en cuanto es la conformidad con las peticiones del actor, o la transacción, como convenio entre los litigantes respecto del objeto del litigio, puede realizarse válidamente – y de hecho tiene lugar constantemente – y además se persigue y se fomenta. Cuando se le resta eficacia, lo que establece este precepto es que, por sí mismo, carece de las consecuencias que regulan los arts. 20 y siguientes LEC, esto es, que no determina inexorablemente el final del proceso judicial. Pero nada más.

³⁹ MORENO VELASCO, Víctor: “*La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en las crisis matrimoniales*” (La Ley 7526/2012).

3.- LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.-

La reciente **legislación autonómica** se ocupa del tema de los acuerdos entre los padres propugnando su suscripción y creando nuevos convenios, todo lo cual parte evidentemente de su validez.

El Código civil de **Cataluña** a través de su art. 233-2 sobre medidas definitivas contenidas - que no propuestas como literalmente dice el texto de la ley -, en el convenio regulador, tras indicar la obligación de acompañar este convenio, incluye la obligación de adjuntar un **plan de parentalidad**, de acuerdo con lo establecido por el art. 233-9 CCCat, que ha de contener lo convenido por los progenitores respecto a todo el pormenorizado contenido de la función parental, incluidos los alimentos que deben prestarles, tanto para cobertura de las necesidades ordinarias como de las extraordinarias, indicando su periodicidad, modalidad de pago, criterios de actualización y, si lo han previsto, garantías de su abono. Según el art. 233-3 CCCat. *“los pactos adoptados en convenio regulador **deben ser aprobados por la autoridad judicial, salvo los puntos que no sean conformes con el interés de los hijos menores**”*.

La obligación de aprobarlos o, lo que es lo mismo, la eficacia de lo convenido por los padres, contiene un sola excepción, que no sean *“conformes con el interés de los menores”*, concepto éste evidentemente mucho más amplio que el de *“ser dañosos”* a los hijos del art. 90 CC. La ponderación de si los pactos se conforman con el interés de los menores, permite un juicio de valor, que comprende la posibilidad de que el órgano judicial considere que hay otro contenido más favorable a los hijos, lo que nos parece peligroso.

Partiendo del espíritu de la legislación catalana tan favorable a los acuerdos de los progenitores, como revela su insistencia en la mediación (art. 233- 6 CCCat), cuyo perseguido objeto, por definición, es que los padres se pongan de acuerdo, extraña que luego se reserve al órgano judicial la posibilidad de dejar sin eficacia lo pactado con tanto esfuerzo. Eso sí, se sigue la misma línea de la legislación común, cuando se deniegue la aprobación de los pactos adoptados en el convenio regulador, ya que la autoridad judicial debe indicar los puntos que deben modificarse y debe fijar el plazo para hacerlo y sólo si los cónyuges no formulan una propuesta de modificación o ésta tampoco es aprobada, la autoridad judicial puede adoptar la resolución pertinente.

De cualquier forma, el art. 233- 8 CCCat establece que *“1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente. 2. Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9”*.

Así mismo, se previene (art. 233-9.1) que *“el plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos”*, subrayando y detallando lo por ellos convenido al respecto, ya que (art. 233-10.1) *“1. la guarda **debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos**”*.

Hay que resaltar que, al referirse al ejercicio de la guarda, el legislador catalán vuelve al criterio del Código Civil español de excluir sólo lo que pueda ser **perjudicial**, olvidando el del art. 233-3 CCCat. de que se acomode al **interés** de los hijos.

La Ley 13/2006, de 27 diciembre, de Derecho de la Persona de **Aragón**, en su art. 68.1 – hoy art. 71.1 CDFA - consagra la posibilidad de pactar los padres el ejercicio de la autoridad familiar, señalando que *“actuarán según lo que lícitamente hayan pactado en*

documento público”, exigiendo la forma solemne de convenir.

“El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente” (art. 69).

Por otra parte, la Ley 2/2010, de 26 de mayo⁴⁰, de igualdad en relaciones familiares ante ruptura de convivencia de padres de Aragón, consagra el principio de disponibilidad del ejercicio de la patria potestad a través del denominado “pacto de relaciones familiares”, que en el Preámbulo (V) ya comienza por priorizarlo. Así señala que “el Capítulo II, intitulado ‘El pacto de relaciones familiares’, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, otorga prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres en el denominado pacto de relaciones familiares, que regulará las cuestiones principales que se deriven de la ruptura de su convivencia, **tanto en su relación personal con los hijos como en el orden económico**”.

Además, como ya hemos indicado anteriormente ratifica la eficacia de estos pactos a través de la consagración de la mediación (art. 1.3), cuya utilización “facilitará el acuerdo entre los padres”, objetivo inútil si los pactos carecieran de eficacia.

El art. 2 dedicado a “derechos y principios”, en su apartado 5 ordena que “los anteriores derechos se armonizarán de acuerdo con los principios de **libertad de pacto**, de información recíproca y de lealtad en beneficio del menor”.

Como venimos diciendo, esta libertad de convenir gira alrededor del pacto de relaciones familiares (art. 3), en el que los padres fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos, cuyos mínimos pormenoriza este precepto en su apartado 2, si bien en el párrafo 4 señala que “el pacto de relaciones familiares y sus modificaciones **producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior**”, en el número 5 determina imperativamente que “el Juez **aprobará** el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos e hijas. Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente”.

Esta prescripción deja en situación dudosa la eficacia de cualquier pacto no sometido a la aprobación judicial y, aunque ordena la aprobación de lo convenido, deja abierta la posibilidad de rechazo “cuando no quede **suficientemente preservado** el interés de los hijos e hijas”.

Este concepto mucho más abierto que el del art. 90 CC, que exige para rechazarlo que sea *dañoso* lo pactado, abre las puertas de la inseguridad por permitir apreciaciones amplísimas, que pueden revelarse contradictorias.

La falta de precisión del texto legal que comentamos, se repite en el art. 5.1 que permite la determinación judicial de las medidas que deberán regir las relaciones familiares tras la ruptura de su convivencia, exclusivamente “a falta de pacto entre los padres”, sin mencionar el supuesto de que lo convenido no haya sido aprobado.

La Ley **valenciana** 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que se encuentra en entredicho constitucional, contiene la

⁴⁰ Incorporado por el Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, al Código del Derecho Foral de Aragón, texto refundido de las leyes civiles aragonesas.

siguiente alocución en el Preámbulo: *“La presente ley asume plenamente los presupuestos antes mencionados y, para garantizarlos adecuadamente, considera necesario hacer conscientes a los progenitores sobre la **necesidad e importancia de pactar**, en caso de ruptura o de no convivencia, un régimen equitativo de relaciones con sus hijos e hijas menores en lo que se ha denominado el ‘**pacto de convivencia familiar**’ y, cuando no sea posible alcanzar ese pacto, establecer la convivencia con los hijos e hijas menores, compartida por ambos progenitores, como criterio prevalente en caso de que sea la autoridad judicial la que deba fijar las condiciones de dicho régimen”*.

Al pacto de convivencia familiar dedica su art. 4, que termina afirmando que el mismo, sus modificaciones y extinción, producirán efectos una vez aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal, para determinar en el art. 5 que será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará las medidas (1) *“a falta de pacto entre los progenitores”*, sin que al igual que la Ley aragonesa, distinga los pactos desaprobados por el Juez o no aprobados por no haber sido sometidos al control judicial. Tampoco incluye la Ley valenciana criterio alguno de acuerdo con el cual deba actuar el órgano judicial para aprobar o desaprobar lo convenido por los progenitores.

En cuanto a la Ley Foral Navarra 3/2001, de 17 de mayo sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres, vuelve la Exposición de motivos a indicar que esta Ley Foral pretende apostar *“porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, **cuando no exista acuerdo de los padres**, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores”*.

El art. 1.2 señala que *“la finalidad de la Ley Foral es adoptar las medidas necesarias para que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores atienda al interés superior de los mismos y a la igualdad de los progenitores, **y facilitar el acuerdo de estos a través de la mediación familiar**”*, a la que dedica una atención preferente en el art. 2, aunque en el supuesto de que se alcance el objetivo propuesto, *“los acuerdos entre los padres obtenidos en la mediación familiar deberán documentarse para su aprobación en su caso por el juez”*.

4.- CAPITULACIONES MATRIMONIALES.-

Calificado el matrimonio, como dice el Tribunal Supremo, por las notas de convivencia y solidaridad, su entidad y normativa abarca temas tan variados como la capacidad para contraerlo, su celebración, su disolución, los deberes y derechos sobre los hijos, las cargas y obligaciones comunes que hay que levantar y la titularidad de los patrimonios respectivos o comunes.

El convenio prenupcial por excelencia lo integran las capitulaciones matrimoniales, que en origen sólo podían pactarse antes de contraer el vínculo como una consecuencia más de la prohibición de contratar los esposos entre sí. A la voluntad tradicional de determinación del régimen económico matrimonial, se viene añadiendo algún otro pacto específico, en relación con las cargas principalmente. También ha de considerarse aquí las donaciones por razón de matrimonio, reguladas por los arts. 1.336 y siguientes del Código Civil. Específicamente, el art. 1.323 CC autoriza a los esposos a celebrar entre sí toda clase de actos y contratos, naturalmente con los límites establecidos anteriormente. Sólo la existencia de alguna norma limitativa puede restar eficacia a lo convenido. Al propio tiempo el art. 1.328 CC establece que *“será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”*.

Según el art. 1.325 CC el contenido de las capitulaciones matrimoniales está delimitado a la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico de su matrimonio o **cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo**. La conjunción disyuntiva *“o”* determina que pueden ser capitulaciones las que versen sobre el régimen económico, sobre otras disposiciones por razón de dicho matrimonio o sobre ambas

cuestiones. Por lo tanto, un convenio sobre cuestiones ajenas al régimen económico conyugal puede constituir unas capitulaciones, pero puede no serlo, mientras que cualquier estipulación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial ha de ser por capitulaciones, con las solemnidades que exige la ley para las mismas. Para su validez, las capitulaciones matrimoniales, que podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio, habrán de constar en escritura pública (arts. 1.326 y 1.327 CC).

Cuando se otorgan capitulaciones después del matrimonio se modifica el régimen económico matrimonial existente hasta entonces, bien determinado por capitulaciones anteriores, o bien por aplicación del régimen subsidiario que corresponda a los contrayentes, y con frecuencia en el mismo instrumento o en otro posterior, se liquida el régimen anterior.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que de acuerdo con el art. 9.2 CC *“los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio o ...”*

En consecuencia, los pactos prenupciales pueden tener, por de pronto, la trascendencia de delimitar la ley aplicable a los efectos del matrimonio, aunque restringida la elección entre la ley personal o la de la residencia habitual de cualquiera de los esposos, aunque hay que considerar que la ley aplicable a la nulidad, separación o divorcio debe determinarse de conformidad con el art. 107 CC, en su redacción por LO 11/20013 de 29 de septiembre.

De cualquier forma, este precepto nos provoca alguna duda puesto que, distinguiendo entre la nulidad, objeto del apartado 1, y la separación y el divorcio, a los que dedica el apartado número 2, aquel comprende *“la nulidad y sus efectos”* y estos últimos, únicamente se refiere a *“la separación y el divorcio”*, sin mención alguna de sus efectos. Podría interpretarse esta carencia en el sentido de que los efectos de la separación y el divorcio están comprendidos entre los del matrimonio, a diferencia de los de la nulidad, porque en ésta no existe realmente matrimonio al ser declarado nulo. Si esta interpretación es válida, por escritura pública anterior al matrimonio se puede concretar la ley aplicable a los efectos del matrimonio y a la separación y el divorcio, en los casos en que la ley personal de los cónyuges al contraerlo no sea común, aunque, como hemos dicho, limitada la elección entre las leyes personal o de la residencia habitual de los contrayentes.

A este respecto habría que distinguir entre los pactos en Capitulaciones matrimoniales referidos a las consecuencias de una posible ruptura, a cuyos acuerdos dedicamos el apartado siguiente de este estudio, y/o del fallecimiento de uno de ellos o pactos sucesorios. El Código Civil no concede eficacia a los pactos sucesorios, prohíbe el testamento mancomunado (art. 669 CC) y consagra el principio de revocabilidad de las últimas voluntades. No obstante, existen singularidades en las disposiciones de las legislaciones forales y especiales en esta materia, que afrontan esta posibilidad de otra forma. Tal es el caso del Derecho civil foral del País Vasco, del Fuero de Guipúzcoa, de la legislación de Cataluña, añadiendo – y sobre ello volveremos al tratar de este tema - incluso en previsión de una ruptura matrimonial, Galicia, Navarra, Ibiza y Formentera, y Aragón, sobre los que no nos extendemos por exceder de los términos de este trabajo.

5 .- CONVENIOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA.-

A estos objetos de contratación, se ha unido en la actualidad momentos la aspiración de regular las consecuencias de una ruptura cada vez más posible. La abundancia de fracasos conyugales, unida a la aplicación de unas leyes de dudosa calidad, una doctrina llena de contradicciones y por unas resoluciones judiciales cada vez más imprevisibles dictadas por unos órganos judiciales no especializados, convierte el futuro de una crisis, en

un incierto porvenir en el que puede pasar de todo. Aunque es una materia asaz novedosa, quizá como efecto de modas extranjeras, abanderadas por personajes populares, empiezan doctrina y jurisprudencia a pronunciarse en esta materia, para intentar delimitar el alcance que pueden tener estos pactos prematrimoniales y qué materias pueden convenirse eficazmente.

Partimos de que los mayores de edad son capaces para todos los actos de la vida civil (art. 322 CC). Con carácter general, hay que reiterar el principio de autonomía de la voluntad y la libertad de pactar, de forma que el art. 1.255 CC establece que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente. Los límites que señala este mismo precepto a la libertad citada, están impuestos por las leyes, la moral y el orden público.

MARTÍNEZ ESCRIBANO⁴¹ considera que *“en otros tiempos, el marcado carácter imperativo del Derecho de familia llevaba, no obstante, a que muchos ordenamientos rechazaran la validez de este tipo de acuerdos. Sin embargo, paulatinamente, este sector del Derecho comienza a flexibilizarse, en gran medida como consecuencia de los cambios sociales y, muy en particular, de la transformación del papel de la mujer en la familia y en la sociedad, sobre todo con su progresiva incorporación en el mercado laboral. En consonancia con estos cambios, la imperatividad del Derecho de familia se va desvaneciendo y, así, cada vez son más los ordenamientos que, siguiendo el patrón de los Estados Unidos, van admitiendo la validez de los pactos prematrimoniales”*.

Dentro de los límites del art. 1.255 CC, los cónyuges pueden celebrar válidamente convenios en previsión de las situaciones de crisis matrimonial sobre cuestiones disponibles. La STS, 1ª, de 31 marzo 2011⁴² ha reconocido la eficacia de un convenio en el que se acuerdan los efectos económicos con fijación a favor de la esposa de una pensión mensual, en caso de una futura ruptura de un matrimonio, que se había reconciliado tras iniciar los trámites de su separación legal, por considerar que reunía los requisitos legales necesarios para su validez⁴³.

La STS, 1ª, 217/2011 de 31 marzo⁴⁴ bajo el título de *“Los requisitos para la validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador”*. Se ha pronunciado en el sentido de que *“Aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado convenio regulador, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación”*.

Como se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 CC y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato”.

Con carácter más específico, ya el art. 15.1 del Código de Familia de Cataluña⁴⁵ determinaba la libre regulación de las relaciones familiares, con posibilidad de incluir en los capítulos matrimoniales las estipulaciones y pactos lícitos en previsión de una ruptura matrimonial, abriendo así la puerta al reconocimiento legal de estas *estipulaciones preventivas de futuro* que ya comienzan a tener reflejo en la sociedad⁴⁶. Este precepto ha

⁴¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: *“Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho catalán”* (RJC 2011, 2, pag. 42).

⁴² Pte: Roca Trías. RDF nº 54, año XIV, 1er trimestre 2012, pag. 137.

⁴³ Sin embargo, no se considera que el citado documento contenga una donación de un inmueble, sino sólo una promesa de donación que además recae sobre un bien indeterminado lo que impide su validez.

⁴⁴ Pte: Roca Trías. RJ\2011\3137.

⁴⁵ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. BOE 198/1998, de 19 agosto 1998, Ref. Boletín: 98/20137.

⁴⁶ DGRN 19-6-2003 EDD 2003/112605. Resuelve un supuesto en el que se intentaba inscribir unas capitulaciones matrimoniales que tenían como contenido exclusivo unas estipulaciones para el supuesto de que en un futuro se R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013 ISSN: 2340-4647

tenido claro reflejo en el Libro II del Código civil de Cataluña⁴⁷, que dedica a estos pactos el art. 231-20, y dice así:

“Pactos en previsión de una ruptura matrimonial⁴⁸.”

1.- Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenuptiales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio⁴⁹.

2.- El notario antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a la que se refiere el apartado 4.

3.- Los pactos de exclusión o limitación de derechos debe tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia⁵⁰.

4.- El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.

5.- Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si éste acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que otorgaron”.

El art. 233-5 CCCat, en sede de “efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial”, contempla los “pactos fuera de convenio regulador”, refiriéndose en el apartado 1.- a “los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el art. 231-20”, antes citado, a los que añade “los adoptados después de la

produjera una separación judicial y/o un divorcio, considerando la DGRN que estos pactos futuros en previsión de una eventual ruptura matrimonial, sin perjuicio de su validez, quedan al margen de la publicidad registral.

Vid también el art. 3 de la Ley aragonesa de régimen matrimonial Ley 2/2003 de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y viudedad de Aragón.

⁴⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña”, en BARRADA, R; GARRIDO, M y NASARRE, S, Coordinadores: “El nuevo Derecho de la persona y la familia”, Bosch, Barcelona, 2011, pag. 54 considera “muy interesante la regulación de los pactos en previsión de ruptura matrimonial (antes solo previstos como posibles), aptos también para la pareja no casada: se establecen sus requisitos formales (en capítulos matrimoniales o fuera de ellos y sustantivos de validez y eficacia, la necesaria información por el notario sobre su impacto respecto del régimen legal y expectativas económicas de cada interesado, la reciprocidad en caso de exclusión o limitación de derechos (prestación compensatoria, compensación por el trabajo durante la convivencia), e incidencia de las circunstancias sobrevenidas en su eficacia (a la que no ha sido ajena cierta jurisprudencia americana).

⁴⁸ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho catalán” (RJC 2011, 2, pags. 43 reflexiona que “Debe puntualizarse, no obstante, que el Código civil catalán se refiere a ‘pactos en **previsión de ruptura**’ En sede matrimonial, mientras que para las parejas estables utiliza la terminología ‘pactos en **previsión del cese de la convivencia**”.

⁴⁹ Se pregunta MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia (“Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho catalán”. Cit. pag. 353) que “sin duda, la norma no será de aplicación cuando el acuerdo se celebre una vez contraído el matrimonio, ni en el caso de pareja estable en previsión del cese de la convivencia. Cabe preguntarse entonces cuál es el sentido de esta exigencia de antelación de un mínimo de treinta días”.

⁵⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia (“Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho catalán”. Cit. pag. 356), considera que “otra de las deficiencias del precepto, a mi juicio, radica en que la reciprocidad se exige únicamente para los casos de renuncia o limitación de derechos, pero no para el reconocimiento de derechos mediante pacto. En consecuencia, si, por ejemplo, se acordara una indemnización por el incumplimiento del deber de fidelidad en beneficio de uno de los miembros de la pareja, pero no del otro, no se vulneraría el art. 231-20.3”.

*ruptura de la convivencia que no forme parte de una propuesta*⁵¹ *de convenio regulador*”, a los cuales confiere rotundamente fuerza vinculante.

Queremos hacer hincapié en la exigencia de garantías de concimiento de hechos y circunstancias, que exige el texto catalán para dotar de eficacia a estos convenios, porque nos parece una de las cuestiones fundamentales de todos los convenios o acuerdos matrimoniales. La experiencia nos enseña que con harta frecuencia, llevada una de las partes de la inercia en la confianza en el otro que ha presidido, a veces durante muchos años, sus relaciones, firma pactos ignorando la realidad de las condiciones personales – económicas – de la familia y sus miembros, incluso de las propias. Estas garantías son las siguientes:

a.- La **recíprocidad** es garantía del mantenimiento de la igualdad de los cónyuges, que es precepto fundamental en sus relaciones y cuya conculcación determina la nulidad de lo pactado.

b.- La **claridad en la concreción de los derechos que se limitan o a los que se renuncian** es requisito esencial para la validez de estas renunciaciones.

c.- El **suministro de la información** suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto, requisito éste que se fortalece con la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, al cónyuge al que se refiera esta información⁵².

No obstante la terminología del art. 1231-20.4 CCCat puede resultar imprecisa. En primer lugar el término “*patrimonio*” se presta a interpretaciones. Patrimonio es conjunto de bienes, pero es lógico que la información no sólo comprenda a los bienes, sino también y en el mismo plano de importancia a las deudas o pasivos. Por otra parte, aunque “*patrimonio*” se refiera a los bienes o al capital, igualmente fundamental son los ingresos, que pueden proceder de fuentes distintas del mencionado patrimonio.

En segundo lugar, el adjetivo “*suficiente*”, es, como dice SERRANO DE NICOLÁS⁵³, “*un término jurídico indeterminado*”, que “*no exige ser exhaustivo o con balances patrimoniales detallados (activo, pasivo, deuda a corto o largo plazo, naturaleza de las mismas, garantías, etc), por otra parte, no obligatorios para las personas físicas (a salvo que sean comerciantes); si bien, deberá permitir – dicha información - una imagen fiel (como se diría en términos contables) de la situación patrimonial del otro cónyuge*”, aunque quizá debería sustituirse “*patrimonial*” por “*económica*” de más amplio espectro.

Por último, las “*expectativas*” son todavía más difíciles de precisar. Evidentemente, ese futuro ha de ser previsible y razonable, pero no cabe duda de la dificultad de demostrar que en la información suministrada se han consignado todas las expectativas, cuando el tiempo ni las ha confirmado, ni desvanecido.

También especifica que la acción para exigir su cumplimiento “*puede*” acumularse a la de nulidad, separación o divorcio⁵⁴ y “*puede*” solicitarse que se incorporen a la sentencia,

⁵¹ Ver supra la confusión entre convenio y propuesta de convenio, existente tanto en CC como en el CCCat.

⁵² SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: “*Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña*”, en “*El nuevo Derecho de la persona y la familia*” Coordinado por R. Barrada, M. Garrido y S. Nasarre, Bosch, Barcelona 2011, pag. 363, dice que: “*comenta que “la información recíproca que deben proporcionarse los cónyuges, sujeta a las reglas de la buena fe, tiene como finalidad desvanecer cualquier duda del otro y, esencialmente, que pueda pactar con conocimiento de causa y fundamento adecuado sobre las consecuencias y efectos de una posible futura ruptura matrimonial*”.

⁵³ SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: “*Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña*”, *Cit.* pag. 363.

⁵⁴ Esta determinación de orden procesal puede estar aquejada de inconstitucionalidad por la exclusividad legislativa del Estado en esta materia, según el art. 149. 3º CE.

al igual que “puede solicitarse que se incorporen al procedimiento de medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución, si procede”.

Pero ¿cuándo procede y cuando no?. Parece ser improcedente solamente en los dos supuestos contemplados en los apartados 2 y 3. En estos párrafos se recoge, la posibilidad de que cualquiera de las partes deje sin efecto “los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia sin asistencia letrada independiente para cada uno de los cónyuges” o que se declare la ineficacia de los que “en materia de guarda y relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos a favor de éstos” no sean conformes “a su interés en el momento en que se pretenda su cumplimiento”.

Según MARTÍNEZ ESCRIBANO⁵⁵ “los pactos en previsión de ruptura pueden resultar particularmente útiles cuando uno o ambos miembros de la pareja desarrollan una actividad empresarial, básicamente en el ámbito de la empresa familiar. En este contexto es habitual el recurso al protocolo familiar, cuyo carácter obligatorio y vinculante a veces queda en entredicho”.

NAVAS NAVARRO⁵⁶, refiriéndose a estos pactos en previsión de futura ruptura, señala que “el art. 233-5 CCC (...) permite que los acuerdos alcanzados en estos pactos se incorporen al convenio regulador, puesto que esos acuerdos vinculan a los cónyuges. También podrán los cónyuges, ex cónyuges o ex convivientes solicitar que se incorporen al proceso sobre medidas provisionales para que sean recogidos, si así lo considera el juez, en la resolución judicial (art. 233-5.1 CCC). Asimismo se podrá solicitar que se incorporen a la sentencia sobre medidas definitivas acordadas por la autoridad judicial, la cual podrá revisarlos (art. 233-1.4 CCC), en caso de que el proceso fuera contencioso o si, iniciado de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, hubiera algún pacto relacionado con los hijos menores que no hubiera sido aprobado y la decisión la acabara tomando el juez”.

El Código catalán hace extensiva la posibilidad legal de pactar en previsión de la ruptura a la “pareja estable”, que de conformidad con el art. 234-1 CCCat. es aquella en que la convivencia dura más de dos años, la que durante la convivencia tiene un hijo común o la que formaliza su relación en escritura pública. En el art. 234-5 CCCat se alude a los pactos en previsión del cese de la convivencia, haciendo aplicable a los mismos lo prevenido en el art. 231-20 CCCat, antes mencionado. Por otra parte dedica el art. 234-6 CCCat. a los acuerdos conseguidos después del cese de la convivencia, que pueden ser sometidos a la aprobación judicial, cuando “incluya todos los efectos que la extinción debe producir respecto a los hijos comunes y entre los convivientes”, que evidentemente ya no lo son, puesto la convivencia es cuestión de hecho y el precepto se refiere a los pactos alcanzados después del cese de la convivencia.

SERRANO DE NICOLÁS⁵⁷ considera que “los pactos sobre la potestad parental y sobre la custodia pueden formar parte de estos pactos en previsión de ruptura, así, expresamente, el art. 233-11.1.f (CCCat) los admite como elemento a ponderar para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda; cfr. Además, arts. 233-5.3 (acuerdos fuera del convenio regulador); 233-8.2 (los cónyuges pueden presentar sus propuestas de plan de parentabilidad) y 233-10.2 (previsión para el caso de inexistencia de acuerdo; todo ello, desde luego, desde la regla imperativa de que ‘la potestad parental es indisponible’, art.233-8.1, en cuanto tal; ahora bien, salvado el interés del menor parecen admisibles pactos sobre custodia o ejercicio de ella, alimentos o régimen de visitas”.

⁵⁵ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho catalán”. Cit. pag. 350.

⁵⁶ NAVAS NAVARRO, Susana: “Menores, guarda compartida y plan de parentabilidad (Especial referencia al Derecho catalán)”. Cit. pags. 23 y ss).

⁵⁷ SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el CCC”, Cit. pag. 374.

MONTSERRAT VALERO⁵⁸ opina que en estos pactos en previsión de la ruptura de la pareja no matrimonial, los relativos a los hijos “*tienen el límite del interés de los hijos. Si el juez considera que no responden al interés del hijo, no queda vinculado por el pacto y ha de resolver lo más beneficioso para el menor*”.

En cuanto a lo convenido en relación con la atribución del uso de la vivienda familia, el art. 233-21.3 CCCat permite pactar sobre la atribución y sobre las modalidades del mismo, haciendo extensiva esta posibilidad a las parejas *more uxorio* por remisión del art. 234-8.4 CCCat. No obstante, el propio art. 233-21.3 CCCat establece ciertos límites, incluyendo de modo expreso la norma general de que lo convenido no puede resultar perjudicial para los hijos. También se señala que si el acuerdo compromete las necesidades básicas del cónyuge o conviviente que sería, en principio, beneficiario del derecho de uso, ha de estar incluido en el convenio regulador.

Aún con algunas deficiencias, debemos subrayar el esfuerzo del legislador catalán para afrontar las nuevas situaciones que la sociedad demanda, que contrasta con la dejación de sus deberes del nacional.

En líneas generales, sea en capitulaciones matrimoniales, como fuera de ellas, los futuros consortes o los cónyuges, después de su matrimonio, al igual que los convivientes puede establecer pactos relativos a su ruptura. La cuestión objeto de debate es la determinación de cuales de estos pactos son válidos y cuales no, tanto por ausencia de garantías de libertad y conocimiento al pactar, como por superar los límites de la ley, de la moral o el orden público, rebasando las fronteras de lo disponible o por haber devenido inapropiado por el transcurso del tiempo y cambio de la circunstancias.

SERRANO DE NICOLÁS⁵⁹ se plantea en cuanto al contenido habitual de estos pactos “*si también cabe excluirse o, cuando menos, limitarse la posibilidad del divorcio o exigir su causalización, es decir, restringir la posibilidad de instarlo a unas causas concretas previamente determinadas*”. Los llamados en Estados Unidos “*covenant marriages*”, que son objeto de regulación en algunos de sus Estados, tales como Luisiana⁶⁰, reaccionan de esta forma frente a los divorcios sin causa. Este autor opina que “*para admitirlo o rechazarlos debe tenerse en cuenta el carácter imperativo de las normas reguladoras del divorcio, por tanto su exclusión contractual será inoponible incluso entre los cónyuges que se hubieran sujetado al pacto de ‘covenant marriage’ (...) no puede desconocerse que una cosa es que no sea necesaria la prueba de la culpabilidad y otra bien distinta que sea irrelevante, es decir, se le puede dar relevancia contractual para fijar una indemnización por daño moral o para concretar la cuantía de la prestación o pensión comoensatoria a unas determinadas causas, aunque reitero, lo que no puede excluirse es el divorcio en sí*”.

La STS, 1ª, 31 marzo 2011⁶¹ reconoce la validez del pacto entre los cónyuges para el caso de separación o cese de la convivencia conyugal. Para esta resolución el convenio es un negocio jurídico de derecho de familia y cuando es aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva, y el que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico. Los requisitos para la validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador: concurrencia de consentimiento, objeto y causa. La protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la

⁵⁸ MONTSERRAT VALERO, Antoni: “Pactos en previsión de una ruptura de la convivencia”, en “El nuevo Derecho de la persona y la familia”, coordinado por R. Barrada, M. Garrido y S. Nasarre, Edit Bosch, Barcelona 2011, pag. 405.

⁵⁹ SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el CCC”, Cit. pag. 336.

⁶⁰ New Louisiana Covenant Marriage Law, Regular Session, 1997, House Hill n: 756.

⁶¹ Pte: Roca Trias.

validez y eficacia del contrato. No obstante, la promesa de donación, contenida en este convenio, es nula por tratarse de donación de una cosa futura indeterminada.

Esta interesante Sentencia dice así: “*La validez de los contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles rupturas.*”

La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.c.’ Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 octubre 2007).

La sentencia de 23 de diciembre de 1998 distinguía entre convenio regulador y acuerdos transaccionales posteriores, reconociendo que ‘[...] una vez homologado el convenio [...], los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial’; la sentencia de 22 abril 1997 declara que ‘es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes’. ‘No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez’, teniendo en cuenta que el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez, sólo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal ‘como negocio jurídico’. En consecuencia, ‘las partes deben cumplir el negocio jurídico concertado según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 C.c.’; la sentencia de 27 de enero de 1998, con cita de la anteriormente transcrita, afirma que ‘salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos interpartes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si éste se desenvuelve dentro de los límites lícitos de la autonomía de la voluntad’. La sentencia de 21 de diciembre de 1998 afirma que aparte del convenio regulador, que tiene ‘carácter contractualista’, no se impide que al margen del mismo, ‘los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado [...] tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el art. 1255 C.c.’. Asimismo, la sentencia de 15 de febrero de 2002 reconocía la validez de un contrato privado de liquidación de la sociedad de gananciales con la consideración de que ‘los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio) en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 C.c.) pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 C.c.), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter ‘ad solemnitatem’ o ‘ad substantiam’ para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia’. En el mismo sentido debe citarse la sentencia de 17 octubre 2007. Esta jurisprudencia ha dado lugar al art. 233-5 CCCat, que establece que estos pactos vinculan a los cónyuges.

Debe tenerse en cuenta que en este recurso ninguna de las partes cuestiona la validez del pacto como tal, sino únicamente si su especial contenido produce la nulidad por quedar su efectividad al arbitrio de uno de los cónyuges contratantes. De esto nos debemos ocupar a continuación.

CUARTO. Los requisitos para la validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador.

Aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado convenio regulador, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación.

Como se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 CC y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato. (...).

El art. 1256 CC es una consecuencia lógica del art. 1254 CC, (...). En definitiva, se trata de una norma que no tiene carácter absoluto, porque no puede excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos (Ver SSTs de 9 enero 1995, 27 febrero 1997, 4 diciembre 1998)".

En cuanto a la forma de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, el art. 231-20.1 CCCat establece que pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública o lo que es lo mismo en definitiva, desde el punto de vista formal, en escritura pública, dado que las capitulaciones para su validez deben pactarse en escritura pública.

C.- Pactos relativos a los hijos.-

El hecho de que los progenitores, salvo excepciones, asuman conjuntamente la convivencia con los hijos y ejerzan unidos todos los derechos y deberes derivados de la patria potestad, determina que, al romperse la unidad entre ellos, todo lo relativo a los hijos se vea esencialmente afectado. Es cierto que existe un principio universalmente aceptado de que todas las medidas que afecten a los menores e incapacitados y aún, por extensión, a los que yo llamo *minus-mayores*, esto es, los que carecen de independencia, vital y económica, han de ser adoptadas en su beneficio y que será inválido todo lo realizado o convenido en su perjuicio. Pero es igualmente verdadero, que, en numerosas ocasiones, la dificultad persiste al no ser fácil saber que es lo mejor o menos malo para ellos.

Dos son, pues, las cuestiones fundamentales que nos planteamos: hasta donde alcanza la posibilidad legal de los padres, titulares de la patria potestad sobre sus hijos – o del deber de alimentar a los mayores de edad – de pactar sobre ellos, sus vidas, sus destinos y sus economías y la necesidad, posibilidad y efectos del control público de estas actuaciones de los padres.

Recordemos que, como elementos indicativos, hay que citar, además del art. 156 CC que consagra el ejercicio de la patria potestad conjunta de los progenitores, con plena eficacia no sujeta a condición o limitación alguna, el art. 159 CC que dispone que “*si los padres viven separados*”, sin distinción de las causas de la separación de vivencias – el juez sólo decidirá con quien quedan los hijos menores de edad, si “*no decidieren de común acuerdo*”. A *sensu contrario* esto quiere decir que si deciden de conformidad, es ésta la resolución que es eficaz, o sea que, por imperativo del último párrafo del art. 156 CC, aquél

de ellos, en el que los padres se han puesto de acuerdo, ejercerá la patria potestad, pacto éste autorizado de modo expreso en el art. 92 CC⁶².

Por lo tanto, tienen disponibilidad y su acuerdo es eficaz. Sólo en el convenio regulador de la separación o el divorcio (art. 90 CC), como ya he indicado, cuando se plantea de inmediato la efectividad de lo que se convenga, se exige la aprobación judicial. Pero recordemos que se trata de un control extraordinario, limitado por la ley a los supuestos en que el juez puede denegar esta aprobación cuando lo convenido es dañoso para el hijo, y sólo en este caso.

La STS de 31 enero 1985 reconoció que el otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales y de un documento privado sobre separación de hecho de los cónyuges y atribución de los hijos, no es supuesto incluido en la prohibición del art. 1.814 CC; la STS de 22 de abril de 1997⁶³ reconoce que los cónyuges en crisis pueden convenir cuestiones susceptibles de libre disposición, que incluyen las económicas o patrimoniales; y la STS de 21 de diciembre de 1998 determina que la limitación de estos pactos sólo se encuentra en lo no disponible.

La Ley no permite al Juez que niegue la aprobación de lo pactado por los padres, más que cuando lo convenido es dañoso para los hijos. Pero, una vez más tenemos que preguntarnos, cuando existe tal daño y cómo lo conoce el Juez. Lo habitual, lo generalizado es que sean los padres quienes más sepan de sus hijos y quienes más les quieren y se preocupen de su bienestar. Suele ser el caso normal. Sólo en algunos supuestos, guiados de egoísmos, ignorancias o, lo que es peor, un afán de dañar al otro cónyuge, sin tener en cuenta a los hijos, algún padre pide para los menores algo que les puede ser lesivo. Pero recordemos que en el convenio regulador nos movemos en el ámbito de que el otro progenitor ha prestado su conformidad, lo cual elimina la mayor parte de los celos, que puedan existir.

En todo caso, es preciso examinar en qué se diferencia el convenio regulador no homologado del que ha sido aprobado judicialmente. La STS de 22 abril de 1977 ya señaló que no había obstáculo para la validez de estos convenios y tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico. En sentido semejante se produce la STS, 1ª, de 2 diciembre 1988, citando las SSTS de 25 junio 1987, 26 enero 1993, 22 abril y 19 diciembre 1977⁶⁴, que consideran válidos estos acuerdos no homologados, pero que carecen de eficacia atributiva de fuerza procesal ejecutiva, que la obtiene por su incorporación a la sentencia⁶⁵.

También pueden ser objeto de pactos las limitaciones de traslados de la residencia de los hijos, fijando unas prohibiciones o unas limitaciones de lugares o distancias; o sobre la prohibición de futura convivencia de los hijos con posibles – o probables – acompañantes, parejas o convivientes del progenitor que tenga la custodia. El enjuiciamiento de la posible lesividad para los hijos de estos convenios puede resultar extremadamente complejo.

D.- Otros pactos.-

La atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los temas más espinosos en las rupturas de pareja. No sólo son causas de distorsión el abrumador precio de los

⁶² En el Derecho comparado hay una resolución californiana en que inicialmente se decretó que la renuncia a los alimentos de los hijos era inválida por contraria al orden público, pero en apelación se revocó (Marriage of Pendleton and Fisherman : Cal. Rptr. 2nd 278, Cal. 2000).

⁶³ Pte: Corbal Fernández.

⁶⁴ Reconocen también la eficacia del ejercicio de facultad de autorregulación de las relaciones privadas (SSTS 7 mar 1995, 27 en y 21 dic 1998 y Res DGRN 31 mar y 10 nov 1995 y 1 sept 1998) no condicionada su validez y fuerza vinculante a aprobación judicial. Sin embargo, Res. DGRN 1 sept 1998 estimó que la aprobación judicial era necesaria para los acuerdos que afectan a los hijos y otros sustraídos expresamente a la autonomía de la voluntad.

⁶⁵ Para la SAP Madrid de 21.9.1998 el convenio no aprobado tiene un indudable valor informador.

inmuebles y la costumbre mayoritaria en España de vivir en propiedad frente a la corriente de los países de nuestro entorno de hacerlo en alquiler. También contribuye al problema la ambición de adquirir casas de condiciones y precios superiores a lo que la familia puede soportar, confiando en condiciones futuras que permitan pagar altas hipotecas durante plazos eternos a un interés bajo, favorecido por la oferta bancaria durante la burbuja inmobiliaria. La cuestión es que cuando la unión de la pareja se resquebraja, con harta frecuencia el patrimonio de sus componentes es una vivienda de altos gastos de sostenimiento y comunidad, y una larga y profunda carga hipotecaria.

La aspiración de cada uno de los cónyuges o convivientes por quedarse en el disfrute de la vivienda queda deformada no sólo por las naturales aspiraciones a permanecer en el lugar elegido por ellos para vivir, sino por la gratuidad del uso y el reparto de la deuda, cuando el hogar es propiedad de ambos o es ganancial. Si es de uno solo, el propósito del dueño es seguir con la utilización de lo que es suyo y el del otro, además de fastidiar a su ex media naranja, el ocupar el inmueble gratis y, además, que sea el propietario – el otro - el que abone la totalidad de la hipoteca.

La cuestión se agudiza cuando hay hijos. Es la custodia sobre todos ellos el criterio único para que el juez atribuya el uso y, si son pequeños los niños, la duración hasta su independencia económica y por ello, hasta la extinción del uso, raya en el infinito. Hay muchos cónyuges o futuros esposos que han tenido experiencias desagradables en anteriores rupturas. Han sido desposeídos de sus casas y, a lo mejor, ni siquiera las han recuperado todavía. Quizá contemplan con la natural congoja como su ex pareja comparte con un nuevo compañero esta vivienda de la propiedad del observador o común de ambos. Y naturalmente quieren prevenir la repetición de estas situaciones pactando sobre ello.

Desde el punto de vista legal, complica las cosas el art. 96 CC que, de modo absolutamente inadecuado y perjudicial, determina que la atribución del uso se hace, en primer lugar, a los hijos y, en segundo término, al progenitor que queda al cuidado de ellos, bien es verdad que lo establece después de señalar que ello es en defecto de acuerdo entre los esposos. La concesión del derecho de uso, que se crea por la resolución judicial, a los hijos, como titulares – o cotitulares –, produce situaciones conflictivas carentes de toda razón. El acuerdo de los padres, inicial o posterior, ¿afectaría a un derecho de los hijos menores o incapacitados, cuya renuncia debe ser autorizada por el juez, oyendo a los hijos cuando tengan suficiente razón?. Y después, ¿mantienen el derecho los hijos mayores que continúen viviendo en la casa? Y si no viven, ¿lo pierden automáticamente? Hay que señalar que el precepto –que no tiene pérdida– pasa de esta determinación sin matices, ni excepciones, a señalar que si unos hijos quedan con un esposo y otros con el otro cónyuge, se “*resolverá lo procedente*”, lo cual constituye un canon modélico de cómo no se debe legislar. Ni siquiera una directriz, al modo del art. 103 CC que se refiere al interés más necesitado de protección. Sólo lo procedente, que como concepto jurídico indeterminado puede batir varios records mundiales⁶⁶.

En el caso de que no existan hijos del matrimonio y de que la vivienda pertenezca a uno de los cónyuges, se dice que se podrá atribuir el uso al no titular, exigiéndose en tonces fijar un plazo prudencial al derecho de uso⁶⁷. Pero además se omite la mención del supuesto de qué ocurre, no existiendo hijos, cuando la vivienda sea común o consorcial. En una norma que se supone que abarca todos los supuestos posibles, éste se olvida.

En este orden de cosas, ¿Cuál es la disponibilidad del uso de la vivienda familiar para que sean plenamente eficaces los pactos preventivos reguladores de la ruptura? Desde luego, cuando no existen hijos, cualquier pacto entre de lleno en el orden económico y sólo en él y, en consecuencia, lo convenido es válido y eficaz. Pero ¿qué ocurre cuando hay hijos

⁶⁶ Si proyectamos esta norma sobre todo el ordenamiento, terminaríamos muy pronto de legislar: siempre – ¡qué duda cabe! – debe hacerse lo procedente. ¿Puede pensarse que se pueda hacer lo contrario alguna vez: lo improcedente?

⁶⁷ Nada se dice de cuando no hay hijos y la vivienda es ganancial y de propiedad común.
R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

menores o incapacitados que son o pueden ser beneficiarios del derecho de uso o, en todo caso, la atribución se hace en su interés?

En cuanto a la *ratio legis*, hay que pensar que la mención – mal expresada – de los hijos en el art. 96 CC obedece a la intención de proteger a los menores en dos sentidos: para que disfruten de una vivienda apropiada – la suya – y para que no vean alteradas sus vivencias, cambiándoles de hogar, en el doloroso momento de la división de la familia.

En cuanto al primer objetivo quedaría cumplido también si se les asegura una vivienda digna y semejante a la anterior. Respecto del segundo, no estoy seguro si es en sí mismo un principio a proteger. Una vez más tenemos que hablar de lo ocurre en la vida habitual de una familia que no se escinde, como modelo comparativo, porque no parece lógico que la separación, por sí misma, incremente los derechos de los hijos. Mantenerlos, sí, pero incrementarlos, carece de sentido. Pues bien, con harta frecuencia en las familias unidas, se producen cambios de vivienda y de localidad. Unas veces se debe a mudanzas por cambio de destino (hasta a los jueces les ocurre). Otras a quebrantos económicos, problemas de salud, necesidades de mayores espacios o de menores superficies, o, incluso, al mero capricho. Y nadie se exclama por estos cambios. ¿Por qué la situación ha de ser diferente en casos de ruptura?

Hay que pensar que estamos hablando de acuerdos de los progenitores y no de imposición de las decisiones judiciales, cuya normativa debe cambiar. Pero aquí, insistimos, nos referimos a pactos entre los padres. ¿Tienen eficacia sin necesidad de aprobación judicial o es requisito esencial contar con dicha homologación?

La cuestión es evidentemente dudosa con la ley en la mano. ¿Debe tener el juez la posibilidad de examinar la situación para proteger los intereses de los menores?. En todo caso, a tenor de lo dispuesto en el art. 96 CC que consagra la eficacia de lo convenido por las partes “*aprobado por el juez*”, hay que inclinarse por esta solución.

Pero también cabe que la pretensión de las partes sea el establecimiento de un domicilio concreto para que resida uno de ellos, sólo o en compañía de los hijos. En este caso, si se trata de la que constituía vivienda familiar previamente, nos encontraremos en el supuesto ya estudiado con alguna matización y será, pues, necesaria la aprobación judicial. Por el contrario, si se trata de fijar un domicilio podrá ser acordado libremente por las partes. Sin embargo, cualquier prohibición de cambiarlo, podría infringir la libertad de residencia que reconoce el art. 19 de la Constitución y por ende podría ser inválido.

El problema más complejo es si la renuncia es eficaz cuando se produce en capitulaciones matrimoniales, en un pacto anterior al matrimonio o, incluso, en uno posterior, pero preventivo de la ruptura, precediendo significativamente a la crisis de la pareja. Aunque no abundan las resoluciones judiciales en esta materia, ha venido resultando emblemática para quienes defienden la irrenunciabilidad preventiva, incluso de la pensión compensatoria, la SAP, 5ª, de Asturias 12 diciembre 2000⁶⁸. En el caso contemplado en ella, la esposa, en escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, renunció, al igual que su esposo, a pensión compensatoria. Diez años más tarde, la propia mujer pretende invalidar la renuncia alegando en el proceso de separación que el consentimiento no fue prestado libremente sino coaccionado por su esposo. No obstante la negación de la parte, la Sala examina de oficio⁶⁹ y dictamina la invalidez de dicha renuncia, partiendo de que se trata de una renuncia a un derecho futuro, hipotético e incierto, que nace en el momento de la separación y está sujeto a la condición de que la misma produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique

⁶⁸ SAP Asturias, 5ª 12.12.2000, Pte.: Muriel Fernández-Pacheco. Sentª.: 690/2000, Rec.: 217/2000.

⁶⁹ Coincide en la posibilidad de apreciar de oficio si el acuerdo relativo a pensión compensatoria es gravemente lesivo la SAP Malaga, 5ª; 30.4.04 Pte: Fernández Ballesta. Sent: 509/2004; Rec: 658/2003; SP/SENT/58150.

R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

ISSN: 2340-4647

un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio⁷⁰. El problema que se plantea, pues, es la eficacia de los pactos que los cónyuges puedan celebrar relativos a una *expectativa de derecho, derecho futuro o derecho condicional*.

Esta sentencia se fundamenta en la STS, 1ª, de 18 noviembre 1957, referida a un tema arrendaticio, conforme a la cual *“la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes sólo cabe respecto de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer. (...) las leyes, y más todavía las no dictadas, son irrenunciables según reconocen los artículos 11º de la repetida ley arrendaticia⁷¹ y 4º del Código Civil, que no permiten la renuncia más que de los beneficios o derechos por ellas otorgados o concedidos, (...), categoría en la que no encaja el beneficio o derecho que otorgue una ley posterior a la fecha de realización del acto, creadora de la facultad que se renuncia, y que, en consecuencia, en dicho momento no existía ni podía hallarse en el patrimonio del arrendador ni en el de ninguna persona”*.

En cuanto a lo que puede ser objeto de renuncia, la citada SAP Asturias afirma que conforme a esta doctrina del Tribunal Supremo *“la renuncia de derechos no puede referirse a otros que los reconocidos por la legislación vigente al tiempo de realizarse aquélla, pero no a los establecidos y regulados en la legislación posterior (SS 24 febrero y 30 marzo 1951, 18 diciembre 1952, 21 enero 1965)”*, lo que a nuestro juicio parece evidente. La posición en contra de la admisión de la renuncia preventiva de la pensión compensatoria parte de la premisa de que no cabe renunciar a un derecho que aún no ha nacido. Sobre el momento del nacimiento del derecho a la pensión compensatoria, la SAP, 4ª, Baleares de 16 febrero 1998⁷², afirma que *“...las resoluciones jurisdiccionales meramente declarativas se basan en la existencia de la relación jurídica con anterioridad al litigio, mientras que las constitutivas producen ellas mismas la creación, modificación o extinción de un derecho siendo indiscutible que la sentencia de divorcio tiene naturaleza constitutiva (artículo 89 del Código Civil), parece también obvio que el pronunciamiento incluido en la misma resolución en orden a estatuir una pensión compensatoria -como medida económica derivada del divorcio, a tenor de lo previsto en el artículo 97 del Código Civil- es también constitutivo, en cuanto da lugar al nacimiento de ese derecho pecuniario, pues mantener lo contrario conduciría al absurdo de que lo accesorio produciría sus efectos antes que lo principal de que dimana”*⁷³.

De acuerdo con esta tesis, sólo a partir de la decisión judicial que establece la pensión, el cónyuge beneficiario puede ejercitar su derecho o proceder a su extinción mediante renuncia. Sin embargo, llevando esta posición a sus últimos extremos, no sería disponible la pensión, en contra de la doctrina del Tribunal Supremo, en los convenios reguladores de la separación o el divorcio, porque los mismos por definición siempre preceden a la sentencia.

En cuanto al caso concreto de la pensión compensatoria futura, LÓPEZ MARCO⁷⁴ mantiene que, en realidad, lo que esta sentencia niega es la validez de la renuncia de ley, prohibida por la redacción del art. 4º del CC⁷⁵, que estaba vigente en el momento de dictarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 1957, en que se apoya la Audiencia de Asturias y no

⁷⁰ Vid. LÓPEZ MARCO, Pilar: *“Renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico derivado de la separación o divorcio. Comentario a la sentencia 690/2000 de 12 de diciembre de la AP Asturias (S. 5ª)”*.

⁷¹ Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946. RJ 1947 434 y 434 bis, hoy derogada.

⁷² Pte: Zaforteza Fortuny (EDJ 1998/5326)

⁷³ En el mismo sentido, SAP, 2ª, Córdoba 25.4.2002, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2002/24188) y SAP, 2ª, Castellón 13.2.1999, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 1999/13817).

⁷⁴ LÓPEZ MARCO, Pilar: *“Renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico derivado de la separación o divorcio. Comentario a la sentencia 690/2000 de 12 de diciembre de la AP Asturias (S. 5ª)”*.

⁷⁵ Dicho texto señalaba que *“Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez”*.

la renuncia anticipada de derechos. Sin embargo, el texto vigente en la actualidad del art. 6.2º CC establece que *“la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”*⁷⁶.

La SAP, 12ª, Barcelona de 17 marzo 2000⁷⁷, ha determinado con acierto que *“el pacto por el que se renunció a la pensión compensatoria es plenamente válido y eficaz, al tratarse de una materia de derecho dispositivo y ser de aplicación a la misma lo establecido en el artículo 1.254 del Código Civil, sin que tenga ninguna trascendencia al respecto que después de la firma del contrato no ratificase la solicitud de separación consensuada promovida por los trámites del mutuo acuerdo, ya que en lo que se refiere a la pensión compensatoria, el artículo 97 del Código Civil establece como primero de los criterios a aplicar, el de los acuerdos alcanzados por los cónyuges”*.

Aunque con alguna reiteración las dos Salas de Familia de la Audiencia Provincial de Barcelona profesan opiniones distintas, en esta materia, la Sección 18ª, coincide con la 12ª en su sentencia de 31 julio 2002⁷⁸: *“El convenio no homologado judicialmente, debe ser tomado en consideración como manifestación de voluntad de las partes, como negocio jurídico bilateral que obliga a los que a él se someten, siempre y cuando no vulnere lo dispuesto en el referido artículo 1.255 del Código Civil y no sea contrario a los intereses de los hijos menores de edad... referente a la procedencia o no de la pensión compensatoria concedida en favor de la esposa y a cargo del marido, es de constatar, partiendo de la fuerza vinculante del convenio en todas aquéllas cuestiones relativas al Derecho de familia que no sean de orden público, que la misma efectivamente no procede en el caso que nos ocupa, tal como sostiene el recurrente, pues ningún pago por este concepto acordaron los cónyuges hoy en litigio en el indicado convenio regulador de los efectos de su separación”*.

No obstante, cuando la renuncia figura en el convenio regulador, aunque éste preceda al nacimiento del derecho a la pensión, que surge de la sentencia que establece la separación o el divorcio, el hecho de que se redacte y firme precisamente para surtir efectos en la ruptura del matrimonio, permite interpretar que los otorgantes reconocen el hecho de la ausencia de desequilibrio⁷⁹ al igual que cuando no establecen pensión alguna. Porque el reconocimiento de que no existen los fundamentos fácticos para la fijación de la pensión compensatoria, en principio, no constituye una renuncia, porque se reconoce que no se dan los supuestos de hecho para que nazca el derecho. Y de lo que estamos hablando aquí es de la verdadera renuncia, que parte de la concurrencia de los requisitos de todo orden para que nazca el derecho y el rechazo a su percepción. Bien es verdad que, en alguna ocasión, el reconocimiento de que se carece del derecho encubre en realidad una renuncia, porque el renunciante tendría ese derecho y sólo se trata de una forma de encubrir el rechazo a través del reconocimiento de su inexistencia. Pero la renuncia puede obedecer a causas más nobles o motivos más generosos, que no podemos desconocer, ni restarle valor. Cuando se habla de la eficacia de la renuncia, hay que referirse a aquella que tiene como objeto un derecho existente o que puede existir y en la que los móviles pueden ser de motivos diferentes: morales, sociales, económicos, sentimentales, de dignidad, etc, etc. Es más, podía estar

⁷⁶ LÓPEZ MARCO, Pilar: *“Renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico derivado de la separación o divorcio. Comentario a la sentencia 690/2000 de 12 de diciembre de la AP Asturias (S. 5ª)”* Cit. cita en apoyo de su interpretación, a DÍEZ PICAZO, L: Sistema de derecho Civil, volumen I. Ed. Tecnos. 4ª edición, Madrid 1981, p. 228. que entiende que, a tenor del citado art. 6º.2 CC, existen dos formas de renuncia: la renuncia a los derechos que han sido ya adquiridos, y la renuncia a la ley, entendida como voluntad de no llegar a adquirir aquellos derechos que por la normal aplicación de la ley se tendrían o llegarían a tener, y que, dentro del concepto de ley aplicable, cabe englobar no sólo el bloque de reglamentación de una materia o situación, sino también cada una de las reglas que integran ese bloque. Para este autor la renuncia preventiva *“es en otras palabras, un negarse a adquirir”*. Rechaza, no obstante, que se trate de una renuncia en sentido técnico argumentando que *“no hay extinción del derecho subjetivo por una disposición de su titular, ya que ese derecho no formaba parte de su patrimonio. Parece por ello más apropiado hablar de “exclusión de ley”*.

⁷⁷ Ref.: SP/Sent. 26045.

⁷⁸ Ref.: SP/Sent. 40492.

⁷⁹ SAP, 12ª, Barcelona, 17.10.2001 (SP/SENT/33057).

integrada la renuncia en una transacción judicial de las contempladas en el art. 1.809 CC, con objeto de evitar un pleito o poner término al que habían comenzado, por el mismo.

La STS, 1ª, de 7 junio 1983 considera *“la exclusión voluntaria de la Ley aplicable admitida por la preceptiva contenida en el ap.2 del art. 6º de nuestro Código civil con la restricción de que no contraríe el interés o el orden público, ni perjudique a tercero, ...”*. Son éstos, pues, los únicos límites a la facultad de renunciar y no otros.

No es preciso extendernos en que las prohibiciones a renunciar a los alimentos futuros o al derecho a alimentos no son de aplicación al caso que nos ocupa, ya que la doctrina en su inmensa mayoría considera que la pensión compensatoria carece de la naturaleza jurídica de los alimentos, hasta el punto de que la sentencia del Tribunal Supremo, ya mencionada, de 2 diciembre 1987 reconoció el carácter dispositivo de la pensión compensatoria⁸⁰.

En relación con la indemnización por trabajo de casa (art. 1.438 CC), es muy contundente la SAP, 1ª, Murcia, de 29 octubre 2003⁸¹, que dice así: *“... Pero es que además concurre un dato esencial y determinante que excluye de manera automática el éxito de la medida compensatoria de referencia. Nos estamos refiriendo al pacto o acuerdo contractual llevado a cabo por ambos cónyuges días antes de la celebración del matrimonio. Nótese que se pacta el régimen de separación de bienes y además se especifica lo siguiente: de un lado que cada una de las partes atenderán por separado las necesidades de sus respectivas familias por cuanto uno y otro son divorciados y han generado en sus precedentes nupcias un concreto núcleo familiar.(...)”*

Es decir que ya con anterioridad al matrimonio ambos cónyuges excluyen de acuerdo con el contenido del pacto segundo mencionado, la posibilidad de aplicación del controvertido artículo 1.438 del Código Civil. De ahí que la pretensión que ahora ejercita la Sra. Antonia resulte improcedente, máxime además porque, como antes decíamos, no existe constancia de esa dedicación de la misma a las tareas domésticas”.

Concluye la sentencia reiterando la validez y eficacia de dicho pacto, que, es sin duda, una clara y explícita renuncia a la aplicación de la medida indemnizatoria prevista en el artículo 1.438 CC.

Por otra parte, la SAP, 1ª, Álava de 25 abril 2002 determinó la validez de lo pactado al determinar una cantidad en concepto de indemnización del art 1.438 CC, que la Sala consideró igualmente eficaz si se asimilaba a una pensión compensatoria. No obstante, la mención en sus razonamientos de que en este caso no existen hijos y de que nadie había invocado perjuicio de un cónyuge, para no considerar necesaria la aprobación judicial, parece diluir la claridad de lo fallado⁸².

⁸⁰ STS, 1ª, 2.12.1987. Pte.: Fernández-Cid de Temes.

⁸¹ Sentencia nº 374/2002 (JUR 2003/1008). Recurso de Apelación núm. 422/2002. Pte: Moreno Millán.

⁸² Recurso núm.56/2002. (JUR 2003/231109). Pte: Madaria Azcoitia. Esta resolución es del siguiente tenor: *“Se plantea por la recurrente y actora una pretensión de reconocimiento del derecho a una pensión compensatoria y, acumuladamente, el cumplimiento del acuerdo prestado en capitulaciones, con la subsidiaria de reconocer la pensión compensatoria a cuenta de la referida indemnización acordada en capitulaciones. (...). En el caso de la referida estipulación se hace además mención expresa del art. 1.438 del Código Civil, presumiblemente con ánimo de reparar y recuperar el desequilibrio que el nuevo régimen económico, separación de bienes, iba a causar a la demandante, quien desde las capitulaciones no participaría ya de las ganancias, rentas, etc futuras obtenidas por el esposo, art. 1.347 del Código Civil. Por ello acuerdan la compensación citada, (...) puede deducirse procedente al ser pactada y aceptada por ambos cónyuges, por tanto, asumida asimismo como límite de la eventual reclamación indemnizatoria de la esposa, y configurarse mediante la entrega de un capital que objetivamente y de común acuerdo estima el valor del perjuicio y el importe de la indemnización. Pacto válido y conforme a las reglas de la contratación, admisible en la libertad de pactos, art. 1.255 del Código Civil, sin que tal acuerdo se vea afectado por la referida limitación del art. 90 del Código Civil, pues no existen hijos del matrimonio y no se prueba, ni siquiera alega, que el pacto sea gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges. De ahí que deba observarse el principio ‘pacta sunt servanda’, recogido en el art. 1..258 del Código Civil en relación con el art. 1.323 del mismo, **previo el referido control específico** que debe ejercer el Tribunal en materia de separación matrimonial sobre los R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013*

Por otra parte, la SAP, 3ª, Granada de 14 mayo 2001 pese a reconocer la eficacia de los pactos prematrimoniales alcanzados en capítulos por los cónyuges y, entre ellos, la renuncia a la pensión compensatoria, considera que el cambio de circunstancias operado en la economía del matrimonio, deja sin efecto la aplicación de lo convenido y concede a la esposa una pensión del art. 97 CC⁸³.

Lo que perturba en la renuncia de este derecho futuro es que, tanto la base de su existencia –desequilibrio y comparación en las personas y en tiempo: la situación del otro cónyuge y anterior en el matrimonio–, como las de su cuantía, no sólo cabe que se hayan modificado de forma extrema desde que se suscribió el pacto renunciatorio –incluso previo a la unión–, sino que además estos cambios hubieran sido impensables en el momento de la firma. ¿Cabría aplicar el principio de *'rebus sic stantibus'*?

Naturalmente, una vez más, hay que elegir entre dos principios que se manifiestan en un momento determinado como antagónicos.

La STS, 1ª, de 22 octubre 1999⁸⁴ expresa que *“no se comparte que no sea posible renunciar a una expectativa de derecho, por cuanto es perfectamente posible que cualquier situación de futuro que incrementase el patrimonio de una persona pueda ésta, de antemano, dentro de su libertad contractual negociar sobre ese incremento”*; y la STS, 1ª, de 5 de abril de 1997⁸⁵ dice que *“... aparte de que cabe renunciar a un derecho eventual futuro y que su renuncia fue clara, explícita, inequívoca, terminante y sin dudas sobre su significado (...)”*. La SAP Madrid, de 22 de junio de 2002⁸⁶, conviene en que *“la renuncia de los derechos reconocidos por la ley admitida con carácter general por el art. 6.2 del Código Civil (la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válida cuando no contraríen el interés o el orden público o perjudiquen a terceros) siempre que no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros puede ser descrito en general, como la declaración jurídica de voluntad por la cual un sujeto separa de su propia esfera jurídica un Derecho subjetivo, expectativa, facultad, pretensión, beneficio, seguridad, garantía o posición jurídica, distinguiéndose las especies de renuncia abdicativa, preventiva o reconocitiva según que venga referida respectivamente a un derecho adquirido, diferido o simplemente dudoso o controvertido”*.

pactos a que hubieran llegado los cónyuges, como expresamente impone el citado art. 90 sobre el convenio regulador obligación que indudablemente queda integrada en los pronunciamientos que en este juicio han de hacerse sobre los efectos económicos de la separación matrimonial, (...)”.

⁸³ Recurso de Apelación núm. 79/2000. AC 2001/1599. Pte: Albiez Dormán. Los razonamientos son los siguientes: *“PRIMERO Es preciso señalar que los cónyuges, antes de contraer matrimonio, suscribieron capitulaciones matrimoniales para establecer que su régimen económico es el de la separación de bienes, pactando, además entre otras estipulaciones, que ambos comparecientes convienen que la ‘separación o disolución del futuro matrimonio, en ningún caso, llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges’. Esta cláusula contenida en las capitulaciones matrimoniales es claramente atípica, (...) Pero es válida, puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho disponible, según ha podido declarar el TS en su importante sentencia de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987. 9174), y, por tanto, es perfectamente renunciabile. (...) Se puede calificar como un pacto con vistas a una futura separación (el TS no rechaza, en principio, los acuerdos de separación no homologados por una resolución judicial -SS. 22 abril 1997 (RJ 1997. 3251), 19 diciembre 1997 (RJ 1997. 9110) Y 21 diciembre 1998 (RJ 1998. 9649)-. En el momento en que se redactó la cláusula, los futuros cónyuges tenían sus propios ingresos al estar ejerciendo cada uno su profesión.*

Aun cuando este pacto vincula a ambos cónyuges, cuando la esposa presenta la demanda de separación solicita, no obstante, la pensión compensatoria, porque las circunstancias son, a su juicio, ahora muy distintas a las que sirvieron de base para pactar aquella cláusula. (...) Desde entonces, la esposa no ha realizado actividad profesional alguna, siguiendo a su marido en los distintos destinos laborales. Esta circunstancia ya es suficiente por sí sola para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, pedir la pensión compensatoria si se dan las circunstancias previstas en el art. 97 del CC. Se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, tímidamente admitida en algunas resoluciones del TS (SS. 30 junio 1948 [RJ 1948. 1115], 30 de diciembre 1985 [RJ 1985,6620] y 20 de abril 1994 [RJ 1994,3216]), que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento”.

⁸⁴ Pte: Martínez Calcerrada Gómez.

⁸⁵ Pte: Fernández-Cid de Temes.

⁸⁶ EDJ 2002/47900.

E.- Conclusión.-

Partiendo de nuestra clara **inclinación a la eficacia de los pactos entre los progenitores en materia de hijos menores e incapacitados, especialmente para regular su situación cuando se produce la ruptura, dos son las circunstancias singulares de los pactos previsorios** de la ruptura que han de tenerse en cuenta para este supuesto. Tomando entre otras cosas como referencia la regulación catalana a que hemos hecho mención y partiendo de la equitativa aplicabilidad de sus condiciones, tanto a las previsiones en caso de matrimonio, como de pareja de hecho, la primera prevención es la de asegurarse del conocimiento – necesidad de la debida información – y libertad al prestar el consentimiento. Para asegurar estas condiciones debería exigirse tanto la asistencia letrada independiente como la forma de escritura pública.

La segunda circunstancia especial de estos pactos en contraste con los convenios reguladores, es que en éstos la ruptura es un hecho inmediato o ya consumado, mientras que en los pactos previsorios es tan sólo una posibilidad, que de hacerse realidad puede ocurrir muy lejana en el tiempo, con una fuerte probabilidad de que las circunstancias, personales y económicas, de todos los afectados – partes, hijos y otros familiares –, hayan cambiado sensiblemente.

Consideramos, pues, que ante esa probabilidad, los pactos previsorios de la ruptura, cuando pretendan ejecutarse y haya transcurrido más de cinco años, por ejemplo, podrán ser cuestionados al amparo del principio *rebús sic stantibus* para negar su eficacia. En todo caso, las prevenciones que sobre ellos adopta el Código civil catalán y a las que ya hemos hecho referencia, nos parecen muy dignas de ser tenidas en cuenta⁸⁷.

6.- EL CONVENIO REGULADOR DE LOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO.-

Partiendo de la premisa de la libertad de pactar de los cónyuges ¿es legalmente posible y eficaz alcanzar pactos relativos a las consecuencias de la ruptura del matrimonio?. Nada hay que se oponga en términos generales a la libertad de pactar, en capitulaciones o en otro documento, cuestiones relacionadas con la separación o el divorcio del matrimonio o, en casos de parejas de hecho, de la quiebra de su convivencia. El libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas está reconocido por la jurisprudencia⁸⁸, naturalmente condicionada a la concurrencia de los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1.261 CC)⁸⁹.

⁸⁷ El artículo 231-20 CCCat dice así: *1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenupciales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio.*

2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4.

3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.

4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.

5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron”.

⁸⁸ SSTS 26-1-1993 (EDJ 1993/509), 7-3-1995 (EDJ 1995/586), 22-4-97 (EDJ 1997/2156) 19-12-1997 (EDJ 1997/8995) y 27-1-1998 (EDJ 1998/16), 21-12-1998 (EDJ 1998/30785) y RDGRN 31-3-1995, 10-11-1995, 1-9-1998

⁸⁹ Incluso las SSTS 28 feb.1969 y 17 jun. 1972, anteriores a 1981 reconocieron la validez de un pacto en separación de hecho relativo a la prestación de asistencia económica.

Es evidente que la legislación familiar de 1981, y especialmente la Ley 30/1981, supuso un avance espectacular en la posibilidad de pactar la regulación de las crisis matrimoniales pues, si bien se mantenía un criterio culpabilístico en la separación y, en consecuencia, en el divorcio, admitía la posibilidad de alcanzar la regulación de la ruptura y sus consecuencias por acuerdo entre los esposos. Sancionaba, pues, la capacidad de los cónyuges para reglamentar el fin de su convivencia y los efectos de la misma a través de un llamado convenio regulador, aunque estableciera ciertos límites a esta libertad de pactos.

El convenio regulador fue Introducido en España por la Ley 30/1981 de 7 de julio y representa una revolución en el sistema familiar español, incluso más trascendental que el propio divorcio, que ha calificado e identificado a esta Ley. Es éste, pues, el primero y más trascendente de los negocios jurídicos familiares, cuya validez consagra expresamente la Ley y que, por su amplitud, se constituye en la manifestación más importante de la facultad de los cónyuges, extendida después a los miembros de la pareja no casada, para pactar el futuro de su familia.

Como venimos estudiando, hasta ese momento, la disponibilidad de las cuestiones familiares, especialmente las relativas a las relaciones verticales, venía siendo una materia conflictiva, de eficacia puesta en duda. El art. 90 CC en su redacción por esta Ley, legitima y regula la posibilidad de que los cónyuges pacten, con evidente eficacia legal, cuanto afecta a la organización futura de su familia, tras la ruptura de la pareja. Y ello – y este es el extremo más revolucionario – incluso a lo que se refiere a los hijos menores, bajo la potestad de los padres, aunque con sujeción a control judicial. Así, incluía entre los objetos obligados – mínimos - del convenio regulador de la separación o el divorcio, “A.- *La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos*”, así como que “*las medidas que hayan de sustituir a las anteriores o adoptarse por vez primera, en relación con los hijos,...*” (art. 91 CC), sólo en cuyo defecto – o de su no aprobación -, el juez puede adoptarlas.

También se deduce la voluntad del legislador de conceder un carácter prioritario a la voluntad concordada de los cónyuges cuando en caso de denegación de aprobación de alguna cláusula del convenio señala que “*en este caso, los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede*”. No resuelve inmediatamente el juez, sino que solicita que sean los progenitores quienes le sometan otra propuesta, dando una nueva oportunidad a la eficacia de lo pactado.

Incluso los pactos entre cónyuges reguladores de su ruptura, que no hayan sido sometidos a la aprobación judicial, son un negocio jurídico de derecho de familia, cuya validez de su contenido es evidente, aunque pudiera resultar ineficaz alguna de sus estipulaciones, pero que *a priori* es válido y eficaz.

Pero, ¿cuáles son los **objetos de estos convenios**?:

A.- La patria potestad o función parental.-

La **determinación** de la patria potestad está fuera de la voluntad de las personas. Se produce como una consecuencia de la filiación de forma que el padre y la madre, biológicos o legales, ostentan la patria potestad. Sólo puede ser objeto de resoluciones negativas: su exclusión, inhabilitación, privación o suspensión. Lo único que puede determinarse es su ejercicio, esto es, la puesta en práctica de los actos propios de esta función.

Como hemos señalado, la patria potestad o función parental es de **ejercicio** personal, de forma que es indelegable e insustituible, de ejercicio obligatorio, irrenunciable,

indisponible e intransmisible⁹⁰. Pero en cambio su ejercicio, que normalmente es conjunto, puede ser concedido, total o parcialmente, a uno de los progenitores en detrimento del otro, o puede ser fragmentado, atendiendo a la materia – domicilio, educación, salud, o a una cuestión concreta, etc – sobre la que recaiga en cada momento una decisión.

Por su condición trascendente, este ejercicio tradicionalmente había sido sustraído a la disposición de los interesados, aunque, ya hemos visto que hoy la ley permite, de modo tácito o expreso, la acción eficaz de uno solo de los progenitores y atribución en exclusiva al conviviente, cuando los padres viven separados (art. 156, último párrafo *in fine* CC) e, incluso, en la trayectoria que viene marcando la evolución de la ley, con mayor reconocimiento lógico de la posibilidad de convenir y disponer, la nueva redacción del art. 92 CC por la Ley 15/2005, permite que expresamente **los esposos pacten sobre el ejercicio de la patria potestad**, con lo que el nivel de disponibilidad de este ejercicio, es prácticamente total. Como venimos señalando de forma repetida, sobre este objeto – el ejercicio de la potestad – se puede pactar. Lo que prohíbe la ley se refiere al contenido de lo pactado, que no puede tener en un sentido contrario al beneficio del menor o incapaz.

b.- El cuidado de los hijos y la convivencia con ellos: la guarda y custodia.-

Dentro de los temas que afectan a los hijos menores en los casos de ruptura de la convivencia entre sus padres, el primero que se ve afectado por la crisis de la pareja es la guarda y custodia sobre ellos o la convivencia con ellos. Sea cual fuere la terminología que se utilice – guarda, cuidado, educación, custodia, residencia -, la realidad es que cuando los titulares de la patria potestad no viven juntos, se produce una situación de excepción que es preciso regular, porque deviene imposible el que los dos cumplan con su deber-derecho de convivir con los hijos simultáneamente.

Acostumbradamente, se afrontan en los casos de separación, divorcio o nulidad, y, en general en las rupturas de la convivencia entre los padres, con independencia del pronunciamiento sobre la patria potestad – o, mejor dicho, sobre su ejercicio –, el relativo a la guarda y custodia – o el “*cuidado y educación*” (art. 92, parr. 2º CC), que lleva aparejada la residencia o el domicilio- y al que, en términos del art. 94 CC, se le describe, en términos negativos, como “*tener a los hijos consigo*”.

c.- El régimen de relación, también llamado régimen de visitas, estancias y comunicaciones, con el progenitor no custodio, hoy de comunicación y estancias (art. 160 CC). En la práctica, en los convenios reguladores se establece con gran detalle las relaciones que habrán de mantener los hijos y el cónyuge al que no se le otorga la custodia o al que se califica de no custodio. También se convienen los pormenores en el tránsito de los menores de uno a otro de los progenitores y la posibilidad de comunicarse cuando los hijos están con el otro padre.

d.- La contribución de cada progenitor al sostenimiento de los hijos menores e incapacitados e, incluso, al de los mayores de edad, con derecho a alimentos.

Dentro de este apartado, se fijan cuantías, periodicidad, modo de pago, actualizaciones, su forma y tiempo, así como en determinados casos, la asunción por uno u otro, del pago directo de determinados servicios o prestaciones a favor de los hijos.

⁹⁰ La STS, 1ª, 11.10.1991 (Pte: Albácar López) ha puntualizado que “*corolario forzoso de ello (de que no es facultativo sino obligatorio) es el carácter irrenunciable, que ostenta los derechos – como consecuencia de la forzosa de su ejercicio por parte de su legítimo titular –que impide al mismo abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue, así como su imprescriptibilidad, hasta el punto de que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que, por alguna razón legal y previa resolución judicial, se haya producido su extinción*”.

Forma parte de este capítulo, la definición o relación de conceptos comprendidos en los llamados **gastos extraordinarios**, incluidos los de orden voluntario. Completan este objeto, la obligación de calificarlos, afrontar el abono de unos u otros, el reparto de este deber de pago, la forma de comunicar su existencia e importe, y cualquier otro capítulo relacionado con este concepto.

e.- Uso del domicilio familiar.-

Aunque no sea un concepto exclusivo del convenio regulador cuando existen hijos, es materia también de pacto entre los cónyuges la determinación de quién permanece o, por decirlo más exactamente, de quién se ve excluido en el uso del domicilio, que ha sido común hasta la ruptura de la convivencia o hasta la decisión judicial de la separación, divorcio o nulidad, y por qué plazo, en su caso. También se conviene normalmente cuándo se extingue este derecho. El tema, de honda y controvertida implicación, permite matizar tiempos, extinción del derecho exclusivo a la ocupación, posible enajenación del inmueble, en su caso, pactando los detalles de forma y fondo de la enajenación. Además se conviene la distribución de las obligaciones pecuniarias relativas a la vivienda, cargas hipotecarias y tributarias, comunales, suministros y servicios, y cualesquiera otros.

También con frecuencia se incluyen pactos relativos a otras viviendas de orden secundario o ligadas a actividades lúdicas, vacacionales o deportivas.

Unido al tema del uso del domicilio se encuentra el del mobiliario y enseres de la o las viviendas, con precisión de los objetos que puede llevarse consigo el expulsado, con o sin inventario de ellos.

f.- Otros pactos.-

También se mencionan expresamente en el art. 90 CC otros objetos posibles a incluir en el convenio como la liquidación del régimen económico matrimonial y la pensión compensatoria, a los que se incluye como parte del contenido mínimo – *“al menos”* – aunque luego se relativice su inclusión, como no podía ser menos, con las expresiones *“cuando proceda”* y *“en su caso”*. En cualquier supuesto, no se trata de un *numerus clausus* y las partes pueden incluir otros pactos que afecten a la situación posterior a la ruptura.

7.- EL PLAN DE PARENTABILIDAD, PACTO DE RELACIONES FAMILIARES O PACTO DE CONVIVENCIA FAMILIAR.-

Pero además del convenio regulador, en la actualidad vienen incorporándose a nuestro ordenamiento otros acuerdos, de naturaleza similar, que, con distintos nombres, pretenden desarrollar, con mayor detalle y precisión, los pactos de los progenitores en relación con la residencia, cuidado, formación y educación de sus hijos. Así en España, las distintas legislaciones autonómicas y forales recientemente promulgadas han regulado estos planes, de la siguiente forma:

A.- Cataluña.-

El Libro II del Código Civil de **Cataluña**, aprobado por Ley 15/2010 de 29 de julio, en su art. 233-8. 2 establece que *“los cónyuges”* o los progenitores unidos en *“pareja estable”*⁹¹, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar

⁹¹ El art. 234-6.1. establece que *“después del cese de la convivencia, los convivientes pueden acordar los efectos de la extinción de la pareja estable”*, y que *“3. “se aplican a los acuerdos incluidos en una propuesta de convenio y a los alcanzados fuera de convenio los artículos 233-4 y 233-5, respectivamente”*, añadiendo el art. 234 7. que *“en materia de ejercicio de la guarda de los hijos y relaciones personales, se aplican a la pareja estable los artículos 233-8 a 233-13”*.

sus propuestas⁹² de **plan de parentalidad**, con el contenido establecido por el artículo 233-9⁹³.

Del plan de parentabilidad dice NAVAS NAVARRO⁹⁴ *“que es ajeno a la tradición de los países continentales, es en cambio conocido en los países de tradición anglosajona. El ALI incorpora el parenting plan (Principle s. 2.06) a sus propuestas para la reforma del derecho de familia en relación con la disolución del matrimonio (separación y divorcio) con el argumento de que se trata de un mecanismo para reducir la tensión entre los padres y para asegurar al menor el contacto con ambos padres. Hay que tener en cuenta que el plan de parentalidad obliga a los padres a un grado de cooperación importante, pero ¿qué pasa cuando se presenta a escrutinio judicial un plan de parentalidad en el que se ha acordado un grado elevado de actividades compartidas y, sin embargo, los padres presentan una relación conflictiva? Para el juez es harto difícil conocer dicha conflictividad a través de un plan de parentalidad aparentemente «normal», por lo que, generalmente, será aprobado por él y, sin embargo, es muy probable que, dada la relación conflictiva que mantienen los padres, los costes de la misma acaben repercutiendo negativamente en el menor, para el cual la custodia compartida acabará resultando un perjuicio en lugar de un beneficio.*

El referido plan presenta, a nuestro modo de ver, entre otros, dos inconvenientes importantes: en primer lugar, la más que posible, en la práctica, estandarización, de suerte que se acaban elaborando formularios con cláusulas standard que suscriben los padres y, en segundo lugar, la excesiva rigidez, con lo cual, en lugar de desincentivar la litigiosidad paradójicamente la acabe aumentando. Hay que tener en cuenta que debe ser redactado de tal forma que pueda adaptarse con relativa facilidad a las nuevas circunstancias sin necesidad de tener que acudir al juez, para que sea él el que decida. De hecho, el art. 233-9.3 CCC (también, art. 233-7.2 CCC) establece la posibilidad de que en las propuestas de planes de parentalidad se prevea la modificación del contenido del mismo para adaptarlo a las necesidades de las diferentes etapas de los hijos menores. (...).”

Este plan⁹⁵, al que el art. 233-9 atribuye el objeto de “concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales” y en el que “deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos”, tiene como contenido necesario, la determinación de:

a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.

b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.

c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.

⁹² Vuelve a incidirse en el error de denominar a este pacto, propuesta, cuando, con independencia de que pueda ser rechazado, se trata de un convenio suscrito por las partes, los padres, con todas las condiciones para su eficacia y no se trata de una proposición, sino de un verdadero pacto, que reúne todas las condiciones de los contratos para su plena eficacia de la que no le priva el que esté sujeto a un control que pueda anularlo cuando sea contrario el principio universal del interés de los menores.

⁹³ Hay que recordar que a través de la definición de pareja estable que incluye los supuestos en que existan hijos, dentro de este concepto se encuentran también las personas que hayan tenido hijos de una relación ocasional o de no convivencia, aunque la aplicación del calificativo estable sea inadecuado.

⁹⁴ NAVAS NAVARRO, Susana: “Menores, guarda compartida y plan de parentabilidad (Especial referencia al Derecho catalán)”. RDF, n° 54, año XIV, 1er trimestre 2012, pags. 23 y ss)

⁹⁵ El plan es calificado por esta Ley como *propuesta* y volvemos una vez más a rechazar este término. Una propuesta exige aceptación para convertirse en contrato (art. 1262 CC), no aprobación. Es más, la aceptación convierte al aceptante en parte del contrato con derechos y obligaciones, lo que no ocurre con la homologación. Una cosa es que el convenio, válido y efectivo como consecuencia de la concurrencia de consentimiento, objeto y causa, exista y otra que pueda dejarse sin efectos por su desaprobación, total o parcial.

d) *El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.*

e) *El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.*

f) *El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.*

g) *La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.*

h) *La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio”.*

Finalmente, este apartado incluye en el contenido una mención de carácter genérico, que es la de *“otras cuestiones relevantes para los hijos”*.

Como optativa, incluye también el apartado 3, *“la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan”*, por la dificultad de otorgar la condición de obligatoria al sometimiento a una institución, como la mediación, en la que es esencial la voluntariedad, sin la cual además no parece posible su práctica. También permite expresamente este precepto pactar sobre *“la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos”*, que parece establecer *a priori* unas modificaciones en lo convenido que se producirán en el futuro de forma automática, atendiendo a la edad de los hijos.

En el plan de parentabilidad se rehuye la denominación de la modalidad de *“guarda”*, sustituyéndola por la determinación del *“lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente”* y las *“reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento”*, así como *“las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor”*, debiendo ejercerse la guarda *“de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos”* (art. 233-10), estableciéndose que *“la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1”*.

Este precepto, previene que *“las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos” “mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente”*, aunque *“la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo”*.

El plan de parentabilidad, sin embargo, no incluye mención alguna sobre la obligación o posibilidad de incluir en él las particularidades y cuantías de las obligaciones alimenticias, ni sobre el uso de la vivienda o viviendas familiares, que tienen su lugar en el convenio regulador.

Es interesante dejar constancia de que la legislación catalana es la primera en España que ha contemplado de modo expreso la posibilidad de que los cónyuges o aquellos que proyectan serlo, convengan no sólo en relación con su matrimonio, sino, incluso, en previsión de la ruptura de su unión. El art. 231-19 CCCat, referido a los capítulos matrimoniales, ya contiene la mención de que cabe en ellos *“establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial”*.

Estos pactos aparecen desarrollados en el art. 231-20 CCCat que tras prever la posibilidad de que los mismos se otorguen *“en capítulos matrimoniales o en escritura*

pública”, regula en cuanto a su contenido que “3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia”.

Además en el apartado 4 de este artículo, dispone algo que nos parece fundamental y son las garantías de que, además de libertad de convenir, el firmante al que se le exija el cumplimiento de lo pactado tenía conocimiento de las circunstancias básicas relacionadas con lo estipulado. Dice así: “4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto”.

Por último, en el apartado 5 deja sin eficacia “los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge”, cuando éste “acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron”.

Pero ¿pueden ser objeto de esta convención previsoría, determinaciones que afecten a los futuros – o actuales – hijos de los intervinientes, su residencia, su custodia, el levantamiento de sus cargas, etc, etc?.

Aunque no dice nada al respecto, tampoco lo excluye, lo que puede interpretarse como que es un tema que sigue la norma general y, en consecuencia, puede ser pactado pero serán ineficaces si en el momento en que se pretenda su cumplimiento son gravemente perjudiciales para un cónyuge o, por aplicación de los principios generales relativos a los menores, si son dañinos para éstos.

B.- Aragón.-

La Ley de **Aragón** 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, como indica el apartado III de su Preámbulo, “respondiendo a una importante demanda social, supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores”.

Conjuga este propósito con la promoción de los acuerdos, como así lo recoge el art. 1.3 que indica que “se facilitará el acuerdo entre los padres a través de la mediación familiar, contemplada en esta Ley”⁹⁶.

Además esta Ley incorpora al ordenamiento de esta Comunidad Autónoma aragonesa (art. 3) el que denomina “**pacto de relaciones familiares**”, en el que “como consecuencia de la ruptura de su convivencia” se fijan “los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos”⁹⁷.

El contenido mínimo de este pacto, relacionado con la vida familiar, a los efectos de su sometimiento a la autoridad judicial, es el siguiente:

“a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.

⁹⁶ La mediación familiar ha sido desarrollada en Aragón por Ley 9/2011, de 24 de marzo.

⁹⁷ “Las nuevas relaciones familiares con sus hijos” es una terminología que no nos acaba de gustar. Las relaciones familiares son las mismas. Lo que cambian son las de convivencia, guarda, etc, pero no aquéllas.

b) *El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.*

c) *El destino de la vivienda y el ajuar familiar.*

d) *La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.*

e) *La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial⁹⁸.*

f) *La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma”.*

Como vemos, este pacto difiere del catalán, que es complementario del convenio regulador y dedicado fundamentalmente a las relaciones paterno-filiales, mientras que éste aragonés, es una versión con ligeras modificaciones del convenio regulador del art. 90 CC. Tiene alguna precisión aconsejada por la reciente jurisprudencia, como la previsión relativa a los gastos extraordinarios, pero sigue incurriendo en imprecisiones, como la de liquidación del régimen económico matrimonial, sin tener en cuenta su disolución.

Por otra parte, en el apartado 4 del mencionado art. 3 dispone que “*el pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior*”, aunque respecto a la aprobación del pacto mantiene el criterio imperativo positivo, “*salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos e hijas*”.

También se mantiene el sistema de que en caso de desaprobación en todo o en parte del pacto, se concede a las partes una nueva oportunidad de alcanzar un pacto que se apruebe.

C.- Valencia.-

La Ley de **Valencia** 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas⁹⁹ cuyos progenitores no conviven (aprobada por las cortes Valencianas el 15 de octubre

⁹⁸ Será parte del contenido necesario únicamente “*cuando proceda*” que ni siquiera coincide con los supuestos en que se pueda, esto es, cuando se haya disuelto el régimen, porque no existe en ningún caso obligación de liquidar el extinto régimen económico.

⁹⁹ No podemos resistir la tentación de denunciar esta perífrasis, atentado a la lengua española, que se encuentra en el propio título de la Ley que se refiere a los hijos e hijas, expresión ésta que se repite en el desarrollo de todo su texto. Es más, esta dualidad es llevada al paroxismo, por ejemplo, en su artículo 1 en que definiendo su objeto no sólo menciona a *hijos e hijas*, sino a *hermanos y hermanas y abuelos y abuelas*, convirtiendo la lectura del texto legal en una verdadera tortura, del que sólo se echa en falta la mención de las *progenitoras*, al lado de los progenitores (masculino según Diccionario de la Lengua española. Real Academia Española, Tomo II, 20ª edición, Madrid 1984, pag. 1109), quizá porque al terminar el masculino genérico en *es* se considera menos inapropiado que si terminara en *os*, aunque igualmente tenga un femenino en *progenitoras*. Seguramente el legislador valenciano ha olvidado que en español el género no marcado es el masculino y el uso genérico del masculino es consecuencia del carácter no marcado del género masculino (“Nueva Gramática Española. Volumen de Morfología y Sintaxis I, Real Academia Española, Espasa Calpe. Madrid, 2010, pag. 55) y de que es un epiceno o nombre común, perteneciente a la clase de los animados que con un solo género gramatical, masculino o femenino, puede designar al macho o la hembra indistintamente o conjuntamente una persona, un milano, un matrimonio. (Diccionario de la Lengua española. Real Academia Española, Tomo II, 20ª edición, Madrid 1984, pag. 957) y que el uso de los dos géneros – hijos e hijas – constituye una perífrasis o circunlocución, figura que consiste en expresar por medio de un rodeo de palabras, algo que hubiera podido decirse con menos o con una sola (Diccionario de la Lengua española. Real Academia Española, Tomo I, 20ª edición, Madrid 1984, pag. 320).

Claro está que como todos los disparates tienden a imitarse, Ley Foral Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, aunque no utiliza esta dualidad, en su Disposición adicional única, pide disculpas por no sumarse a ellos y señala que “*En todos los casos en que esta Ley* R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013 ISSN: 2340-4647

de 2010), en su Preámbulo, anuncia que *“la presente ley asume plenamente los presupuestos antes mencionados y, para garantizarlos adecuadamente, considera necesario hacer conscientes a los progenitores sobre la necesidad e importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un régimen equitativo de relaciones con sus hijos e hijas menores en lo que se ha denominado el ‘pacto de convivencia familiar’ y, cuando no sea posible alcanzar ese pacto, establecer la convivencia con los hijos e hijas menores, compartida por ambos progenitores, como criterio prevalente en caso de que sea la autoridad judicial la que deba fijar las condiciones de dicho régimen”*.

Muestra, pues, su preferencia por aplicar el acuerdo de los progenitores en lo que se refiere a las relaciones de los mismos con sus hijos menores y sólo *“cuando no sea posible alcanzar ese pacto”*, se debe establecer judicialmente el régimen de convivencia de padres e hijos.

La convención entre los padres sobre los términos de su relación con sus hijos, en este texto tiene una nueva denominación, *Pacto de convivencia familiar*, cuyo contenido mínimo se establece en el art. 4.2:

“a) El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores.

b) El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación.

c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar.

d) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas”.

De conformidad con su contenido, de nuevo y al igual que con el pacto de relaciones familiares aragonés, nos encontramos con un documento que guarda más consonancia con el convenio regulador del art. 90 CC, que con el Plan de parentabilidad catalán. En todo caso, de este contenido es de alabar que se incluya la mención del destino de otras viviendas, además de la familiar, y que se excluya la liquidación del régimen económico, por las razones ya expresadas con anterioridad.

D.- Navarra.-

Ley Foral de **Navarra** 3/2011, de 17 de mayo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en su Exposición de Motivos señala como objeto de la misma corregir los supuestos de la regulación actual contenida en el Código Civil, de contemplar la custodia compartida, como práctica excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres y su condicionamiento al informe favorable del Ministerio Fiscal¹⁰⁰, de modo que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, **cuando no exista acuerdo de los padres**, atienda al interés superior de los mismos y a la igualdad de los progenitores, y **facilitar el acuerdo** de estos a través de la mediación familiar.

Foral utiliza sustantivos de género gramatical masculino para referirse a diversos sujetos (padres, hijos, abuelos, etc.) debe entenderse que se hace por mera economía expresiva y que se refiere de forma genérica a dichas posiciones incluyendo tanto el caso de que las ocupen mujeres como que las ocupen hombres con estricta igualdad en sus efectos jurídicos”.

En las leyes de Mediación de Cataluña y Baleares también se habla de mediadores y mediadoras con reiteración.

¹⁰⁰ La resolución del Tribunal Constitucional de declarar la nulidad de esta condición para acordar la custodia compartida debe afectar a la misma en la Ley navarra, aunque ésta no haya sido objeto del recurso.

De esta forma, se subraya la preeminencia del acuerdo de los padres, siendo subsidiaria la resolución judicial, sin entrar en consideraciones sobre la aprobación judicial, que queda, pues, en la forma establecida en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

8.- EL CONVENIO REGULADOR NO APROBADO JUDICIALMENTE.-

El sometimiento del convenio regulador a un control judicial singular plantea una primera cuestión acerca de la necesidad de esta aprobación en los pactos familiares referidos a los hijos para su validez y eficacia. Se cuestiona, pues, si para ello la ley exige para la eficacia de la decisión conjunta una aprobación o una homologación de lo convenido, por personas que ni por su propia condición, ni por su experiencia, ni por su conocimiento de las personas o circunstancias (ni siquiera hay jueces, ni fiscales especializados), ni por su interés o afecto, pueden prestar su conformidad mejor que los padres. En consecuencia, se cuestiona también cual es la situación del convenio no aprobado judicialmente, bien sea porque no se haya sometido a esta aprobación¹⁰¹ o porque se haya desistido del procedimiento, antes de que el juez se pronuncie sobre él. Es evidente que si por resolución judicial firme se declara la desaprobación de algo de lo pactado, esto será ineficaz y como señala el art. 777 LEC, será sustituido bien por las partes con beneplácito del juez, bien por lo que el juez en definitiva determine.

La STS, 1ª, de 22 abril 1997¹⁰² declara que un convenio *“es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes”* y que *“no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez”,* teniendo en cuenta que ***el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez, sólo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal ‘como negocio jurídico’.***

STS, 1ª, 217/2011 de 31 marzo¹⁰³ *La sentencia de 23 de diciembre de 1998 (R/J 1998, 9758) distinguía entre convenio regulador y acuerdos transaccionales posteriores, reconociendo que ‘[...] una vez homologado el convenio [...], los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial’.*

La STS, 1ª, de 27 de enero de 1998¹⁰⁴ afirma que *“salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos interpartes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si éste se desenvuelve dentro de los límites lícitos de la autonomía de la voluntad”,* cuya extensión hemos estudiado con anterioridad.

La aprobación judicial del convenio regulador de la separación o el divorcio o de cualquiera de los pactos establecidos en la legislación autonómica - *plan de parentabilidad, pacto de relaciones familiares o pacto de convivencia familiar* -, incorpora lo convenido a la resolución judicial y, en consecuencia, tiene acceso directo a la ejecución, de conformidad con el art. 317.3º LEC y podrán hacerse efectivos sus pactos por la vía de apremio¹⁰⁵. Por otra parte, la firmeza de la resolución aprobatoria firme, impide volver sobre el tema de su

¹⁰¹ La STS, 1ª, 217/2011 de 31 marzo¹⁰¹ ha señalado que *“el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.c.”*

¹⁰² RJ 1997, 3251.

¹⁰³ Pte: Roca Trías. RJ\2011\3137.

¹⁰⁴ RJ 1998, 110.

¹⁰⁵ SAP, 22ª, Madrid 10.2.1998 (Rollo nº: 2080/1996 Autos: 118/1991. Pte: Val Suarez): *“Pero de lo que no cabe la menor duda, y así se ha pronunciado recientemente esta Sala, es que cualquiera de los pactos acordados por los cónyuges que han recibido el refrendo judicial, como acontece con la homologación de un convenio a través de la oportuna sentencia, ya sea de separación o divorcio, pueden y deben ser ejecutados, si así lo insta una de las partes, por mor de lo que previene el artículo 18,2 de la L.O.P.J.”*

R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

ISSN: 2340-4647

invalidez por lesión hacia el menor o incapacitado. A *sensu contrario*, el convenio regulador no aprobado judicialmente, no obstante su validez como tal convenio, no puede tener acceso directo a la vía ejecutiva por carecer de eficacia procesal¹⁰⁶.

Para ROCA TRÍAS¹⁰⁷ reconoce que “*en su momento consideré que la obligada homologación judicial del convenio regulador (art. 90 C.c. y 777 LEC) obedece al control de la actuación de los particulares en los negocios familiares, que deben ajustar sus acuerdos a los principios constitucionales y evitar el perjuicio para los hijos que no intervienen, para quienes el convenio es ‘res inter alios acta’, aunque les afecta directamente. Por tanto, aunque tanto en los capítulos matrimoniales como en los convenios reguladores, los particulares ejercen su autonomía y pactan aquello que les parece más conveniente, la libertad de pactos está condicionada por los principios de igualdad y no perjuicio, para cuya salvaguarda se obliga a intervenir al Juez, y más si se tiene en cuenta que la situación familiar y personal que provoca la conclusión del convenio no es la mejor de las posibles*”.

Como primer elemento de reflexión hay que considerar lo resuelto por la SAP Valencia de 18 octubre 1990, que determinó que un convenio firmado y no ratificado, quedó sin efecto cuando el marido presentó una demanda contenciosa, ya que ello revelaba que no existía persistencia en el acuerdo. No obstante, estoy en desacuerdo con este criterio, que representa la prohibida posibilidad de dejar al arbitrio de uno de los contratantes la efectividad de lo convenido. Hay que recordar que, en contra de lo que constituye una práctica forense muy extendida de ratificar el convenio, lo que debe ratificarse en presencia judicial, de acuerdo con el art. 777.3 y 4 LEC, es sólo la decisión de separarse o divorciarse, pero no el convenio regulador, que no precisa de reiteración alguna. Los contratos, debidamente consentidos, no precisan de ratificación. Son válidos y obligan desde la prestación del consentimiento. Por lo tanto, la ratificación o su ausencia, o el posterior rechazo de lo pactado no pueden influir en la eficacia de lo pactado. Los cónyuges no tienen una oportunidad de arrepentirse unilateralmente de lo realizado, sino que desde la prestación del consentimiento vienen obligados a lo convenido.

Es cierto que, aunque su impugnación no puede tener lugar dentro del proceso matrimonial¹⁰⁸, sino en un proceso independiente *ad hoc*, el convenio regulador puede ser nulo por las mismas causas que invalidan los contratos:

- i.- Por falta de capacidad de uno de cónyuges o de ambos (art. 1.263 CC).
- ii.- Por existir error¹⁰⁹, violencia, intimidación o dolo (arts. 1.265 y ss CC).
- iii.- Por dejar su cumplimiento al arbitrio de uno de cónyuges (art. 1.256 CC).
- iv.- Porque lo pactado, sus cláusulas o condiciones sean contrarias a las leyes, la moral o el orden público (art. 1.255 CC).
- v.- Porque algún objeto convenido sea contrario a la ley o las buenas costumbres (art. 1.271.3 CC); sea cosa o servicio imposible (art. 1.272 CC) o sea, en cuanto a la especie, indeterminado; y en cuanto a la cantidad, indeterminable (art. 1.273 CC).

¹⁰⁶ SAP Málaga 22.11.1999 (Sent^a n^o 784/1999 Rec. apelac. n^o 603/1998, Pte: Díez Núñez. ArCiv. 1999, 2599).

¹⁰⁷ ROCA TRÍAS, Encarnación: “Libertad y familia”. *Cit. Pag. 71*.

¹⁰⁸ SAT, 1^a, Barcelona 16.7.1988 y SAP, 15^a, Barcelona 16.10.1992.

¹⁰⁹ SAP, 1^a, Cantabria 20.10.1993: “*La pretensión de nulidad del convenio regulador de la separación de los cónyuges, aprobado judicialmente, no puede ser estimada, porque el error como vicio invalidante del consentimiento, previsto en el art. 1266 CC, exige como condiciones mínimas: a) que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (STS 1 jul 1915 y 26 dic. 1964) y b) que no sea imputable a quien lo padece (STS 21 oct. 1932 y 16 dic. 1957), y en el presente caso la demandante conocía el alcance del convenio y las disposiciones adoptadas en el mismo sobre valoración y adjudicación de los bienes, en cuanto desde el primer momento estuvo asesorada por abogado, el cual declara en prueba testifical, que los acuerdos fueron tomados por ambos cónyuges y que la valoración de los bienes se hizo de conformidad con la esposa*”.

También puede ser **rescindible** la liquidación del régimen económico ganancial contenida en el mencionado convenio¹¹⁰ o en otro documento, por lesión (art. 1.074 CC), por fraude de acreedores (1291.3º CC) o, referidos a cosas litigiosas, por celebrarse en las condiciones que contempla el art. 1.291.4ª CC.

La cuestión fundamental, pues, que debe afrontarse es la validez y eficacia del **convenio regulador cuando carezca de la aprobación judicial**, bien porque no se haya sometido a esta aprobación o bien porque se haya desistido de ella, antes de que tenga lugar. La reflexión que hacemos respecto del convenio entre cónyuges es, a este respecto, igualmente válida cuando se trata de progenitores no casados entre sí. Como resulta de la consideración del convenio en diferentes resoluciones judiciales no claramente conformes:

1.- En general, ha de considerarse válido y lícito¹¹¹.

2.- Los pactos sobre custodia de hijos no vinculan, pero deben tomarse en consideración, especialmente si son recientes¹¹², aunque esté tasada la causa para no vincular al Juez que sólo puede ser por el contenido contrario al interés del menor.

3.- Ostentan validez probatoria en cuanto a declaración de ciencia sobre los hechos necesitados de prueba¹¹³ o sobre la situación patrimonial de las partes¹¹⁴.

4.- Es válida y eficaz la regulación contenida en el convenio respecto a prestación de asistencia económica, cuando los cónyuges se encuentran separados de hecho¹¹⁵.

5.- El contenido tiene el efecto jurídico de los actos propios¹¹⁶.

6.- No tienen validez si vulneran el orden público familiar¹¹⁷.

¹¹⁰ STS, 1ª, 26.1.1993: "*La aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes; se limita a homologarlo después de que comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o los hijos (apartado E) del art.90 CC), pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a las mismas por los cónyuges*".

¹¹¹ SAP, 13ª, Barcelona 6.6.1990 y 11.6.1990: "*... los pactos de separación conyugal son admitidos por la doctrina jurisprudencial y resultan válidos mientras respeten los límites impuestos a la autonomía de la voluntad y la esencia de la institución matrimonial y familiar*".

SAP, 13ª, Barcelona 21.3.1990: "*Los pactos privados regulando los efectos de la ruptura conyugal son admitidos por la actual Jurisprudencia como válidos en tanto respeten los límites impuestos a la autonomía de la voluntad*".

SAP, 16ª, Barcelona 29.4.1992: "*Un Convenio de separación de una pareja, tanto si es matrimonial como si deriva de una relación de hecho, tiene cuando menos el valor legal propio de cualquier convenio, por mas que el Cód. Civ. en su art. 90 deje abierta la posibilidad de que el Juzgado no lo acepte en sus propios términos por razón de tutela necesaria de intereses socialmente relevantes en la institución familiar, lo que analógicamente se estima aplicable a la unión de hecho; pero en cualquier caso tiene también la enorme fuerza que le de la doble circunstancia que supone, de una parte, un conocimiento de la actuación global infinitamente mejor que el que pudiese tener el más informado tribunal y, de otro lado, una garantía de mejor funcionamiento práctico, en la medida que fue asumido por ambas partes como lo menos malo ante la situación provocada por la ruptura de convivencia anteriormente existente. De ahí que los Juzgados y Tribunales, procuren atenerse a los términos del Convenio, salvo que motivos muy concretos justifiquen claramente la necesidad de establecer otra cosa en interés de los menores o en situaciones de claro abuso de una de las partes sobre la otra*".

¹¹² SAP Madrid 6.10.1992: "*Los cónyuges pactaron ante Notario que, tras la ruptura matrimonial, los hijos quedarían en poder del padre, y que en el supuesto de que alguno de los cónyuges decidiera instar la acción de separación o divorcio, acordando igualmente dar a ese acta el valor de convenio regulador, comprometiéndose a prestar su consentimiento en el momento que sean requeridos por el juzgado para ello. Estos acuerdos si bien no vinculan conforme a constante jurisprudencia, han de ser tomados en consideración dada la proximidad de fecha en que acordaron los mismos y la fecha de presentación de la demanda de separación, y ser conformes a los principios de libertad contractual y el de autonomía de la voluntad; acuerdos que no son contrarios a normas imperativas, la moral o el orden público (arte, 1254, 1255 y concordantes CC), y la voluntad contractual que es soberana, bastando en general con el consentimiento de las partes libres incluso para configurar convenios distintos a los tipificados en el Código Civil y demás leyes*".

¹¹³ SAP, 4ª, Barcelona 27.5.1993 (rollo 261/92).

¹¹⁴ SAP, 13ª, Barcelona 23.9.1992 y SAP Pamplona 25.5.1994.

¹¹⁵ SS TS, 1ª, 28.2.1969 y 17.6.1972 y SAP Cantabria 8.6.1993.

¹¹⁶ SAP Orense 18.10.1994.

R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

7.- El convenio no ratificado, no tiene fuerza vinculante, pero es un elemento a la hora de concretar las medidas¹¹⁸, aunque reiteramos que la ratificación no se exige en precepto alguno.

8.- El convenio no aprobado, tiene, al menos, la consideración de confesión extrajudicial¹¹⁹.

9.- El convenio no sometido a aprobación judicial es vinculante en los temas disponibles¹²⁰ especialmente económicos¹²¹.

10.- Tiene el valor de válidamente pactado en aplicación del principio de *pacta sunt servanda*¹²², con posibilidad de reclamar su cumplimiento en juicio ordinario¹²³.

11.- Un convenio regulador válido, aunque no haya sido sometido a aprobación judicial, que se ha suscrito en escritura pública, la primera copia de ésta, constituye como tal un título que lleva aparejada ejecución (art. 517.1 y 2.4º LEC) y si se solicita el despacho por cantidad superior a 3.000 euros (art. 520.1 LEC), por medio de demanda con los requisitos del art. 549 LEC, acompañada de los documentos exigidos por el art. 550 LEC, no existe obstáculo alguno para despachar ejecución (art. 551 LEC).

**Al hilo de la STS, 1ª, 22 abril 1997¹²⁴, respecto del convenio regulador, deben,

¹¹⁷ SAT Cáceres 2.11.1988: "... dichos pactos despliegan todos sus efectos vinculantes, excepción hecha de aquellas materias recogidas en dicho pacto que vulneren lo que se denomina orden público familiar, de forma que tales pactos habrán de respetarse en su totalidad, salvo que contengan cláusulas lesivas para cualquiera de los cónyuges o a los hijos, lo que a su vez supone, a modo de conclusión final, que tales pactos para desplegar sus efectos, deberán ser aprobados por la autoridad judicial". En similar sentido, SAP Málaga 11.1.1994

¹¹⁸ SAP Barcelona 11.7.1989.

¹¹⁹ SAP, 12ª, Barcelona 27.3.1996.

¹²⁰ STS, 1ª, 4.12.1985: "Procede también la desestimación de este motivo por las siguientes razones: [...] En cuanto al fondo, por estimarse acertada la calificación jurídica que se hace del citado convenio en la sentencia recurrida, de acuerdo con la situación de hecho demostrada entre los litigantes, puesto que acordada la separación de hecho, aunque temporal pero indefinida, y extinguida la sociedad de gananciales, la naturaleza de las cosas induce a interpretar que tal convenio no implica unas capitulaciones sino una verdadera transacción de las diferencias existentes acerca de la liquidación patrimonial del matrimonio, y así la califica reiteradamente la propia parte recurrente. En definitiva, la tan citada estipulación sobre los bienes no es más que reflejo de los pactos que suelen convenirse cuando los cónyuges acuerdan el cese de su vida en común, acomodando su vida patrimonial a la personal resultante de la separación y concertando pactos que impidan a los esposos tener participación en las ganancias o beneficios del otro, y liquidar la sociedad de gananciales: supuesto normal fáctico que no es el de las capitulaciones matrimoniales constante matrimonio y vida en común. [...] el invocado artículo 1809 del Código Civil se refiere a las transacciones sobre el estado matrimonial, y no prohíbe transigir sobre las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que puedan derivarse de las cuestiones matrimoniales, porque al revestir carácter privado no afectan al orden social ni al interés público".

¹²¹ SAP Barcelona 18.10.1993.

¹²² SAT Barcelona 10. 9. 88: "La doctrina ha venido sustentando la irrevocabilidad del consentimiento prestado y estructurado en los convenios suscritos a los fines de regular las consecuencias personales y económicas de la crisis matrimonial, por aplicación de lo preceptuado en el art. 1901 CC, consagrador del principio 'pacta sunt servanda' existiendo una dirección jurisprudencial [TS 28. 2. 69 y 7. 10. 70] que sostiene la eficacia de los pactos en materia de alimentos, cuando se pretende su exigibilidad en juicio declarativo, aun cuando o hubieran sido homologados judicialmente partiendo siempre de la ineludible premisa de que tales convenios, para ser vinculantes en aquellos aspectos que sean susceptibles de orden público, deben ser aptos, susceptibles e idóneos de aprobación judicial, expectativa o aptitud que, conforme al art. 90 CC, viene supeditada, entre otras condiciones, a que no sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, norma que introduce dentro del principio voluntarista, tanto los límites de lo trascendente como los de la proporcionalidad o desequilibrio de las prestaciones y en tal sentido permite y determina que cuando lo pactado sea excesivamente gravoso o extorsionante para el obligado, pueda y deba ser adecuado a una dimensión normal en relación con sus posibilidades económicas".

¹²³ STS, 1ª, 31.1.85 (Pte: Albácar); SAP, 15ª Barcelona 7.10.1991 (rollo 484/90) y SAP, 16ª, Barcelona 21.11.1990 (rollo 296/90) y 5.9.1991. En el mismo sentido SAP Guadalajara 10.5.1993 respecto a la reclamación de alimentos pactados por los cónyuges

¹²⁴ STS, 1ª, 22.4.1997 (Sentª nº 325 (RJ 1997/3251) Pte: O'Callaghan Muñoz: "1º.- En el Fundamento legal segundo se contienen los antecedentes del caso:

Unos cónyuges, ambos abogados en ejercicio, casados en régimen económico matrimonial de separación de bienes, en el presente caso celebraron un convenio de separación matrimonial, en fecha 5 de junio de 1986, al que llamaron 'contrato de separación conyugal' en el que se previó la separación, la atribución 'en posesión y propiedad' de la vivienda conyugal, la guarda y custodia de las hijas menores de edad, el régimen de visitas, la contribución a R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

“distinguirse tres supuestos¹²⁵:

a.- *“en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia;*

b.- *en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva;*

c.- *en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 CC. La Sentencia de 25 junio 1987 (RJ 1987\4553) declara expresamente que ‘se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial’; la de 26 enero 1993 (RJ 1993\365) ‘añade que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes’*

Al distinguir esta sentencia entre estos tres supuestos, en cuanto al convenio no aprobado judicialmente, porque no se sometió a dicha sanción, hace especial énfasis – por ser el tema debatido – a la parte ajena al contenido mínimo del convenio, según el art. 90 CC y a su contenido regulador de las relaciones económicas entre los cónyuges después de su separación.

Por eso continúa diciendo esta misma Sentencia en el Fundamento tercero que *“hay que partir de ciertos extremos que conviene destacar. El convenio de 5 de junio de 1986 **no es el convenio regulador** que contempla el artículo 90 del Código Civil y al que se refieren los artículos 81 y 86: le falta la aprobación judicial, ‘conditio iuris’ de su eficacia. Es un negocio jurídico de derecho de familia. No está inmerso en el proceso de separación conyugal, que se tramitó como contencioso, aunque en éste se alude al mismo”*.

La sentencia, pues, no califica de “Convenio regulador” más que aquel que ha sido aprobado judicialmente. Los restantes son “convenios” o negocios jurídicos de derecho de familia, que tendrán el valor y eficacia que les corresponda como tales, según su contenido, con fundamento en las normas generales de contratación.

Como consecuencia de ello señala la resolución que *“el acuerdo séptimo del convenio, al que llaman las partes ‘partición de bienes’, no es tal partición sino la adjudicación de bienes del régimen económico-matrimonial de separación de bienes. Este acuerdo no forma parte necesariamente del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil ni fue recogido en la parte dispositiva de la sentencia de separación conyugal.*

Este acuerdo séptimo es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, abogados en ejercicio. No hay

los gastos familiares, la retirada por el marido de los bienes de uso personal, la renuncia a pensión y en el acuerdo séptimo, se efectúa la partición de bienes; es de destacar que en el convenio manifiestan que han redactado el convenio ‘con la mayor sencillez, apartándose en lo posible de términos jurídicos’.

Dicho convenio no fue presentado como tal convenio regulador en el proceso de separación que se siguió en el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 14 de Barcelona por los trámites de la disposición adicional 5.3 de la Ley 30/1981, de 7 julio; se dictó Sentencia con fecha 25 enero 1989 en la que se hace referencia al mencionado convenio y se expresa literalmente que «estando conformes ambos cónyuges en solicitar la separación, se estará a lo dispuesto en dicho número 1 del artículo 81 del Código Civil sustituyendo el convenio por los acuerdos que establezca el Juzgado’. En la parte dispositiva de la sentencia se prevén las medidas llamadas definitivas y no se hace referencia alguna a la ‘partición de bienes’, llamada así y contenida en el acuerdo séptimo del mencionado convenio.(...).

“la cuestión jurídica esencial que se plantea es la naturaleza jurídica del convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el artículo 90 CCI, que no ha obtenido la aprobación judicial. En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como ‘conditio iuris’, determinante de su eficacia jurídica.. (...).

¹²⁵ La división en párrafos de esta sentencia es del autor.

obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico.

CUARTO.- (...) el acuerdo séptimo, de carácter patrimonial, tiene plena validez y eficacia. Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil las partes deben cumplir el negocio jurídico, concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 y está reconocido en las Sentencias de esta Sala antes citadas de 25 junio 1987 (RJ 1987\4553) y de 26 enero 1993 (RJ 1993\365). Cuyo acuerdo, de naturaleza patrimonial, tiene una interpretación clara, que no deja duda sobre la intención de las partes y debe estarse a su tenor literal, como dispone el artículo 1281 del Código Civil”.

En una línea semejante la STS, 1ª, 27 enero 1998¹²⁶ que, comienza por centrar el tema discutido en que *“del examen de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida se desprende que la cuestión jurídica que se plantea y resuelve por la Sala de instancia no es la referente a la validez de unas capitulaciones matrimoniales que hubieran establecido el régimen de separación de bienes, por medio de documento privado, constante matrimonio, sino el de la eficacia jurídica de un convenio regulador de la separación de los cónyuges, formalizado por documento privado en el que se pacta, entre otros extremos el régimen económico de separación de bienes, antecedente a la posterior tramitación de la separación judicial. Esto es, se plantea, supuesto el mencionado pacto, si la adquisición del bien, ocurrida durante el período de separación de hecho, después de la suscripción del expresado documento privado y antes de iniciarse el proceso de separación matrimonial, determina, sin más, el carácter ganancial del bien o permite considerarlo como privativo del cónyuge que lo adquirió”.*

A esta cuestión responde en cuanto al fondo de la cuestión conyugal, señalando que *“esta Sala ha sostenido (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 junio 1988 [RJ 1988\5113]), con doctrina reiterada que confirmamos, que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 junio 1986 [RJ 1986\3549]). Rota, pues, la convivencia conyugal, con el consentimiento de la mujer, no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 noviembre 1987 [RJ 1987\8689])”.*

Pero en lo referente a *“la cuestión jurídica relativa al valor del convenio privado regulador de la separación no aprobado judicialmente o pendiente de aprobación judicial” “la Sentencia de esta Sala de 22 abril 1997 (RJ 1997\3251), establece que ‘no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico’. En suma salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos inter partes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si éste se desenvuelve dentro de los límites lícitos del principio de autonomía de la voluntad”.*

Además, la STS, 1ª, 14 febrero 2005¹²⁷ dictada en un tema relacionado con una menor, hija de una pareja no casada, en cuyo proceso se formuló recurso de casación contra la decisión de atribuir la guarda y custodia a la madre, argumentando que no se había

¹²⁶ Sentª nº 31/1998 (RJ 1998/110) Pte: Almagro Nosete.

¹²⁷ Pte: Almagro Nosete, RJ 2005, 1670.

R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

tenido en cuenta el interés de la menor, sino el convenio suscrito por ambos progenitores, se razonó que *“en lo que respecta al valor de los convenios entre los padres, aparte de que el tribunal, en su análisis de las pruebas practicadas, afirmó que no encontraba causa alguna para hacer un pronunciamiento contrario – afirmación que ponía de manifiesto cómo actuaba en la perspectiva del interés del menor – cabe señalar que tanto la Constitución – art. 39 – como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno-filiales – especialmente el art. 154 CC – reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención, sin perjuicio de sus deberes de prestación – está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor, lo que explica el carácter y sentido de la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis familiares o de ruptura de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores, razones que abogan, por tanto, para la desestimación de los dos motivos”*.

La STS, 1ª, 10 diciembre 2003 ha manifestado que *“la naturaleza de los convenios reguladores viene representada por constituir un efectivo negocio de naturaleza mixta al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial que no elimina ni desplaza su naturaleza esencia de tipo contractual privada, ya que su elaboración dimana de la voluntad de los otorgantes ...”*.

No obstante, cuando un convenio suscrito por las partes, se presenta en el curso de un proceso contencioso, tiene un efecto indudable revelador de lo pactado en un momento determinado por los cónyuges, pero ha de matizarse la connotación transaccional, que ha podido influir en lo pactado. Sin embargo, existen reconocimientos de hechos, explícitos o implícitos, derivados de los propios pactos, que deben ser ponderados por el juzgador en el proceso contencioso. No cabe duda, por ejemplo, de que si una persona se compromete a abonar una cierta pensión mensual, difícilmente puede convencer después de que sus ingresos no alcanzan tal cantidad.

Lo que no puede pretenderse tampoco en el proceso contencioso, es que la sentencia recoja particulares que han podido incluirse en el convenio, no homologado judicialmente, y que no son objeto del procedimiento de separación, divorcio o nulidad, como es, entre otros, la propia liquidación de la sociedad de gananciales¹²⁸.

Por lo tanto, debemos concluir, en primer lugar, que los pactos entre cónyuges reguladores de su ruptura, que no han sido sometidos a la aprobación judicial, son un negocio jurídico de derecho de familia y que la validez de lo convenido es evidente; y en segundo término, que los padres tienen la posibilidad de pactar válidamente sobre el destino de sus hijos, incluyendo el ejercicio de la patria potestad. Entra en juego el interés del menor, únicamente en su vertiente negativa y no en la positiva, para que el Juez pueda rechazar los pactos, pues, de otro modo, viene obligado a aprobarlos. Sólo si existe daño para el menor, no si de otra forma tendría un superior beneficio, puede el Juez rechazar el pacto. Y esta posibilidad de convenir sobre la materia, se reafirma cuando, en el supuesto de que el Juez rechazara una estipulación por considerar que daña al menor, - antes por dos veces, una antes de la sentencia y otra en ella (DA 6ª nums. 6 y 7 de la Ley 30/1981) y ahora

¹²⁸ SAP, 1ª, Girona 17.2.2000. Pte: Ferrero Hidalgo. (ACAud. n.º 38, 16/22.10.2000 @ 847, pag. 1813): *“La Ley regula dos procedimientos distintos a fin de decretar la separación o el divorcio de un matrimonio. Uno de ellos es el denominado proceso de mutuo acuerdo regulado en la disp. adic. 6ª L 7 Jul. 1981, al cual deberá acompañarse el correspondiente Convenio Regulador al que se refiere el art. 90 CC (Código Civil), en cuyo contenido se puede incluir la liquidación del régimen económico del matrimonio. El otro es el denominado proceso contencioso regulado en la disp. adic. 5ª de dicha Ley y en el que es el Juez el que adopta las medidas y efectos reguladores de la separación o el divorcio, de conformidad con el art. 91 CC. En este último proceso, el juez no está vinculado por los pactos extrajudiciales a los que hayan podido llegar las partes, sin perjuicio de su valoración, siendo unánime entender la gran trascendencia que tienen dichos pactos respecto de aquellas medidas a las que se refieren los arts. 91 a 97 CC. Lo que es totalmente improcedente es utilizar el proceso de separación o divorcio para solicitar el cumplimiento de los pactos o acuerdos adoptados en convenios extrajudiciales, sobre todo si son ajenos a las medidas que regulan dichos preceptos, sin perjuicio del ejercicio de las acciones que les correspondan a utilizar en el procedimiento declarativo correspondiente”*.

sólo una vez (art. 777 LEC) -, lo que debe hacer es requerir a los padres para que le sometan un nuevo texto. Sólo si estas proposiciones, todas ellas, las encuentra dañinas para el hijo, el Juez resuelve. Es más, como ya hemos dicho, en el art. 90 CC¹²⁹ se ordena que la denegación, y no la aprobación, debe ser motivada.

En conclusión:

1.- No se puede pactar sobre la titularidad de la patria potestad, que es objeto indisponible.

2.- Serán nulos los pactos sobre menores o incapacitados que sean perjudiciales para ellos o atenten contra sus derechos fundamentales, al igual que los que sean opuesto a la ley, a la moral o al orden público.

3.- Son inválidos e ineficaces los pactos que se hayan desaprobado por resolución judicial firme.

4.- Son válidos y eficaces los pactos entre progenitores referidos al ejercicio de la patria potestad, su división y fragmentación, o sobre los derechos y deberes inherentes o comprendidos en la función parental, que no se encuentren en los supuestos anteriores, aunque no se hayan aprobado, ni sometido a aprobación judicial.

5.- Son válidos y eficaces, así como directamente ejecutables judicialmente, los pactos entre progenitores sobre sus hijos menores o incapacitados, que hayan sido aprobados por el juez.

9.- ACUERDOS DE SEPARACIÓN.-

Entre las distintas clases de convenios a que las parejas, sean matrimoniales o sean convivenciales, que afrontan una situación de crisis, con bastante frecuencia se encuentran los acuerdos amistosos de separación. En ellos, al romper su convivencia, después de la ruptura o, incluso, a veces sin llegar a la total quiebra de la vida bajo el mismo techo, los componentes de la pareja regulan sus relaciones futuras, sin intención, al menos por el momento, de legalizar esta situación, ni los efectos de la ruptura.

Como indica NAVAS NAVARRO¹³⁰ *“También cabe la posibilidad de que, después del cese de la convivencia o de la relación conyugal, los cónyuges, ex cónyuges o ex convivientes (art. 234-6.3 CCC) lleguen a acuerdos, los conocidos acuerdos amistosos de separación —regulados por primera vez en el derecho catalán—, que son vinculantes y, por tanto, se puede exigir su cumplimiento por cualquiera de las partes. Por tanto, son eficaces desde el momento de su celebración.*

Ahora bien, se admite un derecho de desistimiento del que es titular cualquiera de los cónyuges o convivientes para dejarlos sin efecto, durante los tres meses siguientes a la fecha en que se adoptaron, y como máximo hasta el momento de contestación a la demanda o de la reconvencción en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer, si se adoptaron sin la debida asistencia letrada (art. 233-5.2 CCC). En caso de que los pactos fueran adoptados por convivientes después de la ruptura de la convivencia, éstos podrán solicitar que se declaren ineficaces durante los tres meses siguientes a la fecha en que se adoptaron y, como máximo, hasta el momento de contestación a la demanda o, en su caso, de la reconvencción en el proceso ordinario en el que se pretenda hacerlos valer (art. 234-6.3 CCC)”.

¹²⁹ Con manifiesta infracción del buen orden que obligaría a que esta mención, figurara en las normas procesales -Disposiciones Adicionales- y no en el texto sustantivo, se incluye esta obligación procesal en el Código Civil.

¹³⁰ NAVAS NAVARRO, Susana: “Menores, guarda compartida y plan de parentabilidad (Especial referencia al Derecho catalán)”. Cit. pags. 23 y ss.

LA DISCUTIBLE CONSTITUCIONALIDAD DE LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN 5-10-2010 SOBRE EL RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS POR GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN.

María Pilar Ferrer Vanrell
Catedrático de Derecho Civil de la UIB
Académico de la Academia de Jurisprudencia y
Legislación de las Islas Baleares

Fecha de recepción: 4 de marzo de 2013

Fecha de aceptación: 4 de abril de 2013

SUMARIO: I. PRÓLOGO. 1. ANÁLISIS DE LA INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 5 DE OCTUBRE DE 2010. 2. LA PROTECCIÓN DEL MENOR COMO ELEMENTO JUSTIFICADOR DE LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 DE LA DGRN. 3. REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO Y LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO DE “MADRE PORTADORA”. 3.1 LAS DIRECTRICES DE LA INSTRUCCIÓN. SISTEMAS PARA LA INSCRIPCIÓN. 3.2 EXCEPCIÓN A LA INSCRIPCIÓN. 3.3 LA CONTRAVENCIÓN AL LLAMADO “ORDEN PÚBLICO”. SU JUSTIFICACIÓN. II. LA DISCUTIBLE VIGENCIA DEL ARTÍCULO 10 LTRHA TRAS LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 DE LA DGRN. 1. ¿QUÉ ES LA “GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN?”. 2. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. 2.1 LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE ENCARGO DE GESTACIÓN POR PAREJA HETEROSEXUAL. 2.1.1 REGLA GENERAL. 2.1.2 DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN SEGÚN LOS ACUERDOS SOBRE LA GESTACIÓN EN “ÚTERO DE ALQUILER”. 2.2 LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE ENCARGO DE GESTACIÓN POR PAREJA HOMOSEXUAL. 2.2.1 DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE PAREJA MATRIMONIAL DE MUJERES. 2.2.2 DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE PAREJA MATRIMONIAL DE HOMBRES. 3 ESPECIAL REFERENCIA A LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DE UN NACIDO MEDIANTE LA LLAMADA “GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN”. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. III. EPÍLOGO

RESUMEN: El presente estudio pretende analizar y explicar la incidencia de la Instrucción de la D.G.R.N. sobre el art. 10 de la L.T.R.H.A. (Ley Reproducción Humana) que permite la entrada en el Registro Civil Español de la inscripción de la filiación de un nacido en el extranjero, acudiendo los servicios de la gestación por alquiler (mujer que gesta y lleva a cabo el embarazo, para un tercero –pareja comitente-, lo que parece que vulnera la legislación sustantiva española (art. 10 de la Ley de Reproducción Humana).

La citada Instrucción, objeto de estudio permite la posibilidad de la inscripción en el Registro Civil Español de un “nacido” en el extranjero, cuando el “contrato de gestación en útero ajeno se lleva a cabo conforme a la legislación del país que “no prohíbe este contrato”.

ABSTRACT: The present study aims to analyze and explain the impact of the statements given by the D.G.R.N. concerning art. 10 of the L.T.R.H.A. (Law on Assisted Human Reproduction Techniques) that allows the entry of filiation registration of an individual born abroad into the Spanish Civil Registry using surrogacy services (a woman who gestates and carries a child full term for a third party- a committed couple), which appear to violate the existing Spanish legislation (article 10 of the Human Reproduction Law). The cited statement, which is the object of this study, allows the possibility of registering an individual born abroad into the Spanish Civil Registry when the contract of gestation in a surrogate uterus is held under the laws of the country that does “not prohibit this type of contract”.

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución, Instrucción de la DGRN, Registro Civil filiación, inscripción, maternidad, nulidad, validez, contrato.

KEYWORDS: filiation, civil registry, nullity, contract, validity, maternity, registration, pregnancy por substitution.

I. Prólogo

El párrafo primero¹ del artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) declara la nulidad del contrato de “gestación por sustitución” que recae sobre el encargo de gestar, alumbrar y entregar un ser humano al comitente renunciando, la gestante, a su maternidad.

La legalidad vigente en España, que prohíbe “gestar para otro” declarando nulo tal acuerdo de voluntades, parece resultar conculcada por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 al permitir la inscripción en el Registro civil la filiación de un hijo habido mediante “útero de alquiler” como consecuencia de un contrato con una “madre portadora”. Como tampoco respeta la imperativa determinación de la maternidad respecto de la mujer que alumbrar, ex párrafo segundo del art. 10 LTRHA que prescribe que la filiación la determina el parto.

Este estudio pretende dilucidar el impacto de la citada Instrucción de la DGRN, sobre el art. 10 de la LTRHA, que permite la entrada en el Registro civil español de la inscripción de filiación de un nacido en el extranjero, de mujer que gesta y alumbrar para otro, respecto de los comitentes, siempre que esté legalmente reconocido en el país de origen y se cumplan los requisitos que impone la Instrucción.

Ciertamente, la Instrucción tiene por finalidad dictar unas directrices en aplicación de la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras para permitir su acceso al Registro civil español; pero no es menos cierto que se tiene que valorar la posible vulneración de la legislación española (artículo 10 LTRH); además de la posible conculcación a los principios constitucionales jerarquía normativa y de igualdad.

Tras la entrada en vigor de la Instrucción de la DGRN la situación se presenta con las siguientes interrogantes, 1) por una parte existe la prohibición de inscribir en el Registro civil la filiación del nacido de útero de alquiler respecto del comitente o comitentes (excepto lo preceptuado en el párrafo tercero del citado art. 10), cuando el contrato de maternidad subrogada se ha celebrado sometido a la legislación española. 2) Por otra, la Instrucción abre la posibilidad a la inscripción en el Registro civil español de la filiación respecto del comitente o comitentes de un nacido en el extranjero cuando el contrato de “arrendamiento de útero” se celebra con arreglo a la legislación de un país que no prohíbe este contrato.

Para delimitar si ha resultado vulnerado artículo 10 LTRHA por la Instrucción de la DGRN, procederemos a su análisis, teniendo presente la doctrina sentada en las Resoluciones anteriores y Sentencias posteriores a la entrada en vigor de la citada Instrucción sobre esta cuestión debatida. Sólo tras este estudio estaremos en condiciones de concluir el alcance de la Instrucción de la DGRN en relación al art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El análisis de la Instrucción y su estudio en relación a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida nos permitirá determinar si existe contravención al principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE); así como su repercusión sobre el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución Española.

1. Análisis de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010.

Tras la entrada en vigor de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de mayo de 2010, *sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos*

¹ “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”.

mediante gestación por sustitución, podríamos plantearnos la discutible vigencia del art. 10 de la LTRHA.

La paradoja se presenta al permitir, la Instrucción, la inscripción de la filiación de un nacido en el extranjero, concebido “por encargo” y renunciando la gestante a la maternidad, para que quede determinada respecto de los comitentes. Este acuerdo de voluntades para engendrar, gestar y alumbrar un ser humano para otra persona, que la legislación española declara nulo en el párrafo primero del art. 10 de la LTRHA y que prohíbe en su párrafo segundo la determinación de la maternidad de persona distinta a la que ha alumbrado, lo “subsana” la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, al permitir la inscripción de la filiación respecto de los comitentes, cumpliendo los requisitos que la Instrucción regula.

Tras la citada instrucción ¿siguen vigentes los párrafos primero y segundo del art. 10 LTRHA?

La respuesta debe ser afirmativa. El artículo 10 LTRHA sigue vigente, no sólo porque una Instrucción no pueda derogar una norma de rango superior, como es una Ley, sino porque la Instrucción de la DGRN regula un supuesto distinto al párrafo primero y segundo del artículo 10 LTRHA, aunque por sus consecuencias permita el efecto prohibido.

En la legislación española sigue siendo nulo el acuerdo de gestar, alumbrar y entregar un ser humano al comitente (párrafo primero del art. 10 LTRHA), renunciando a su maternidad; como no cabe acto que contraríe la norma imperativa que prescribe que la maternidad la determina el parto (párrafo segundo del art. 10 LTRHA). Es así que cualquier acuerdo de voluntades que persiga posibilitar el fin prohibido en el párrafo segundo del artículo 10 no debería tener acceso al Registro civil.

2. La protección del menor como elemento justificador de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN.

La Instrucción de 2010 de la DGRN que da solución a la dificultad de acceso al Registro civil español para inscribir la filiación de los nacidos en el extranjero de “úteros de alquiler”, justifica en su Preámbulo el acceso de la inscripción registral porque, siendo uno de los sujetos español, existe una decisión judicial extranjera que determina la filiación respecto de los comitentes del nacido de “madre portadora” que ha renunciado a su maternidad.

Olvida que tal efecto supone contrariar una norma imperativa de rango superior, como es el párrafo segundo del artículo 10 de la Ley de TRHA. Lo cierto es que el Ejecutivo ofreció a través de la Instrucción una vía de escape, que no permite la Ley, respecto de los contratos de “gestación para otro” en países extranjeros donde su legislación lo permite. No es, propiamente, un fraude a la Ley, aunque consiga burlar la prohibición de la ley; además de la posible inconstitucionalidad al no respetar el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE).

En el Preámbulo de la Instrucción la justificación de la regulación se apoya en la protección al menor y ofrece unos criterios para proceder a la inscripción de su filiación, en estos términos: “Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que

con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999”.

La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 ya exponía en sus Fundamentos de Derecho la necesaria protección del menor, aconsejando la inscripción de la filiación porque los menores tienen derecho “a una identidad única” que equivale a tener una filiación única para todos los países. Sin embargo tanto la Sentencia del Tribunal de Instrucción de Valencia de 15 de septiembre de 2010, como la de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, entienden que las certificaciones extranjeras deben ser conformes a la legalidad española.

Yerra la Instrucción al equiparar a los nacidos como efecto de un “contrato de gestación para otro” con “los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida”, como dice su Preámbulo, porque no son términos equiparables. El acuerdo de voluntades de gestar y alumbrar un ser humano para otra persona, con expresa obligación de la gestante de renunciar a la determinación de su maternidad, no ha sido, ni es, ni será “una técnica de reproducción asistida”; cuestión distinta es si el sistema que se utiliza para gestar se realiza a través de las técnicas de reproducción humana asistida por facultativos realizadas en el extranjero; como podría realizarse en España de acuerdo con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En estos casos no estamos ante supuestos de gestar para otro, sino que, concurriendo circunstancias impositivas para la gestación se recurre a las técnicas de reproducción asistida por facultativos. No existe en estos casos renuncia a la maternidad con entrega del nacido por quien lo ha alumbrado a los que han contratado tal gestación.

Por consiguiente, una cosa es la técnica utilizada para engendrar y otra distinta es el contrato de gestar para otro, aún utilizando la técnica de reproducción humana asistida. Esta distinción la esquiva la Exposición de Motivos de la Instrucción, y subsume el contrato de gestar para otro dentro de las técnicas de reproducción humana con asistencia de facultativos.

Por esta razón, la Instrucción no utiliza los términos adecuados a la realidad que contempla y permite, como es el contrato de gestar para otro y permitir la inscripción de la filiación respecto de quien es o son los comitentes renunciando, la gestante, a la determinación de su maternidad.

También yerra la Instrucción, cuando menos no es concreta, en los términos utilizados para fundamentar la protección de los intereses de la madre gestante, al decir: “Junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres”.

Fíjense que en los términos de la Instrucción antepone los derechos como mujer a los de madre, dice “especialmente la protección de las mujeres que se prestan (...)”, y dentro de estos derechos, como coletilla añade “renunciando a sus derechos como madre”; cuando es éste el principal problema que se plantea en la legislación española (art.10.2 LTRHA) al determinar que el parto determina la maternidad.

La renuncia a la maternidad debería ser el gran elemento de control de los contratos otorgados en países donde su legislación lo permite. No creo que los términos del Preámbulo de la Instrucción se ajusten a la protección que debería pretenderse respecto de la mujer que a cambio de dinero presta su útero para anidar un ser humano para otra persona, renunciando antes de la concepción a su maternidad. Esta actividad que se

contrata, de engendrar para otro comerciando con seres humanos, no me parece digna de protección, porque a reglón seguido la Instrucción exige que esta actividad de engendrar y la renuncia anticipada a su maternidad debe prestarse con “plena capacidad jurídica (entiendo que estos términos son superfluos, se da por sobreentendido) y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia y coacción”.

Quien, voluntariamente y con la capacidad de obrar plena sin que concurra vicio alguno del consentimiento, acepta el encargo de gestar para otro, renunciando a la maternidad, entiendo que no requiere “una especial protección”, como la que se debe prestar al menor, o a la mujer-madre en el sentido que para su adecuación a la legislación española se debería exigir, en su caso, la renuncia de la madre a la determinación de su maternidad, tras dar a luz, analógicamente con la adopción (art. 177.2.º in fine Cc).

Si lo que pretende decir el Preámbulo de la Instrucción, que no lo dice, aunque lo exige su Directriz Primera, párr.3, ap. c), d) y e), es que se debe comprobar que la gestante haya actuado libremente, concurriendo los requisitos que exige la norma, en tal caso es un interés a proteger. Es decir, no se puede tolerar la comercialización de niños; pero si esta comercialización se hace a través de madres portadoras menores o que hayan prestado el consentimiento viciado por el engaño, la coacción, o cualquier otro vicio que contraríe la plena libertad de la mujer, esta mujer es digna de protección como lo es el menor. Estamos ante un supuesto de especial protección que la Instrucción exige especial control (Directriz 1ª, párr.3).

3. Requisitos para la inscripción del nacimiento y la filiación de los nacidos en el extranjero de “madre portadora”.

La Instrucción de 2010 permite la inscripción de filiación en el Registro civil del nacido en el extranjero mediante gestación en “útero de alquiler” cuando uno de los padres es español, siempre que conste en una Resolución judicial dictada por Tribunal competente extranjero.

La Instrucción de 2010, en aplicación de la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras, dicta unas Directrices para permitir su acceso al Registro civil español.

3.1 Las Directrices de la Instrucción. Sistemas para la inscripción.

Las directrices que regula la Instrucción presentan dos sistemas o medios de inscripción de filiación, en función del documento que se aporte junto a la solicitud de inscripción.

1º: Deberá presentarse la solicitud de inscripción acompañada del Auto que ponga fin al exequatur de la Resolución judicial extranjera.

La Instrucción, en el número 2 de la Directriz Primera, exige que la resolución judicial extranjera dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido debe ser objeto de exequatur de acuerdo con el procedimiento regulado en la LEC de 1981.

Se exceptúa el procedimiento de exequatur cuando sea de aplicación un Convenio Internacional.

Los artículos 951 y ss. de la LEC regulan el exequatur, y el art 954 dice:

“Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes:

Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.

Que no haya sido dictada en rebeldía.

Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.

Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieran para que haga fe en España.”

2º Cuando la resolución judicial extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, queda sometida al reconocimiento incidental de la Resolución por parte del Juez Encargado del Registro civil, previamente a la inscripción de filiación.

El número 3 de la Directriz Primera impone al encargado del Registro civil el deber de controlar, previamente a la inscripción, si la resolución puede inscribirse en España.

Este control incidental, que se impone al Encargado del Registro civil, de la resolución extranjera que al ser dictada en un expediente de jurisdicción voluntaria no requiere exequatur, refuerza la seguridad de su reconocimiento en España.

El control deberá alcanzar a los siguientes extremos (párrafo 3 de la Directriz Primera, en sus apartados a), b), c), d) y e):

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y cualesquiera otros documentos que se hubieren presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

3.2 Excepción a la inscripción.

La Instrucción, en su Directriz Segunda, no permite la inscripción de nacimiento y filiación en el Registro civil español del nacido en el extranjero cuando la solicitud se acompaña de “una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

De las Directrices podemos concluir que sólo cabe la inscripción en el Registro civil español del nacimiento y filiación de un nacido en el extranjero por “gestación por sustitución”, si se presenta una resolución que determine la filiación, reconocible

incidentalmente o por exequatur, como se ha indicado; en caso contrario, el encargado del Registro civil denegará la inscripción.

Siempre queda a salvo la reclamación de la paternidad, procediendo a la determinación de la filiación respecto del padre biológico de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 10 LTRHA y los arts. 764 y siguientes de la LEC.

3.3 La contravención al llamado “orden público”. Su justificación.

Es necesario un breve apunte sobre la confrontación de la Instrucción, que es de rango inferior a la Ley 14/2006 de TRHA, con el llamado “orden público”, ya que las disposiciones de la Instrucción permiten vulnerar normas imperativas y prohibitivas, cuando menos respecto a la permisividad de la determinación de la maternidad de persona distinta a la madre gestante y que alumbra (art. 10.2 LTRHA). Esta consecuencia se ha justificado sobre la base que la Instrucción otorga una especial protección de los intereses en juego, el “interés superior del menor” y el de la madre gestante, aunque no de forma suficiente.

El llamado “orden público” se conforma en España con las normas imperativas y prohibitivas; es por esto que no resultan suficientes los términos de la Instrucción que no alude en su Preámbulo a su ajuste al orden público, si bien esta adecuación viene implícita en la propia exigencia de la normativa que regula el exequatur.

El art. 954.3º LEC de 1881, que es aplicable ex nº 2 de la Directriz Primera de la Instrucción, exige para que las ejecutorias extranjeras tengan fuerza en España “la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España”. La Ley del Registro Civil también exige que el documento inscribible se ajuste a la legalidad española. El párrafo segundo de su art. 23 establece que “podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, inscripciones en el Registro civil español por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme la ley española”; vean que no dice, lógicamente, que la adecuación sea a la legalidad extranjera, sino que lo que pretende inscribirse, la certificación del asiento extendido en Registro civil extranjero, sea ajustado al derecho español.

La nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE del 22 del mismo mes), que, debido a las necesarias adaptaciones, no entrará en vigor hasta pasados 3 años desde su publicación (Disposición Final Décima), tampoco prescinde del necesario acomodo al orden público español para su inscripción. El art. 27 de la Ley del Registro Civil (aún no vigente), en su segundo párrafo, determina: “también es título suficiente para practicar la inscripción del documento extranjero que cumpla los requisitos establecidos en los artículos 96 y 97 de la presente Ley”. El art. 96 dispone que se podrá instar la inscripción de una resolución judicial extranjera “previa superación del trámite del exequatur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881” y añade en el apartado d) del art.96, 2,2º, que se podrá instar la inscripción “cuando la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español”. Insiste el art.97 al determinar que “un documento público extranjero no judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos: (...), 4º. Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español”.

La resolución judicial extranjera que acompaña la solicitud de inscripción del nacimiento y filiación del nacido de “útero de alquiler” en el extranjero no puede contradecir las normas imperativas y prohibitivas del ordenamiento español. Tanto el exequatur de la resolución judicial extranjera, como cuando la resolución judicial extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, debe pasar el filtro del orden público español. En el primer caso, la LEC lo exige para el exequatur; en cambio, las reglas a seguir para el control incidental de la Resolución por parte del Juez Encargado del Registro Civil, previo a la inscripción que regula el apartado

3 de la Directriz Primera de la Instrucción, no hace mención al necesario ajuste a la legalidad española.

Ya la Resolución de 2009 de la DGRN fundamentaba la inscripción de la filiación, de un nacido fruto de un contrato de gestación, respecto de un matrimonio homosexual de hombres, argumentando que “no vulnera el orden público internacional español (...)” justificando que “en Derecho español se admite la filiación a favor de varones en casos de adopción (...). Se permite que la filiación de un hijo conste en el registro civil a favor de dos mujeres”(…) “por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste a favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo (...)” (art. 14 CE).

II. La discutible vigencia del artículo 10 LTRHA tras la Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la DGRN.

Para poder valorar y concluir el alcance de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto a la vulneración del artículo 10 LTRHA, es necesario proceder al análisis de la finalidad y efectos de la Instrucción y la doble situación que de ella deriva respecto al párrafo primero y segundo del citado artículo 10 LTRHA; además de la posible vulneración del principio de igualdad y de jerarquía normativa.

Será necesario constatar esta doble situación producida tras la entrada en vigor de la Instrucción de la DGRN. 1) Por una parte no es posible inscribir en el Registro civil la filiación del nacido de útero de alquiler respecto del comitente o comitentes (excepto lo preceptuado en el párrafo tercero del citado art. 10 LTRHA), cuando trae causa de un contrato de maternidad subrogada sometido a la legislación española, porque la norma lo declara nulo y la filiación materna la determina el parto. 2) Por otra, la Instrucción abre la posibilidad de inscripción en el Registro civil español de la filiación respecto del comitente o comitentes de un nacido en el extranjero cuando el contrato de “arrendamiento de útero” se celebra con arreglo a la legislación de un país extranjero que permite tal acuerdo de voluntades.

Esta situación nos conduce a proceder al análisis del ya citado art. 10 LTRHA que, posiblemente, resulta vulnerado por la Instrucción de la DGRN; así como comentar la doctrina sentada en las Resoluciones anteriores y Sentencias posteriores a la entrada en vigor de la citada Instrucción sobre esta cuestión debatida.

Sólo tras este estudio estaremos en condiciones de concluir el alcance de la Instrucción de la DGRN en relación al art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

1. ¿Qué es la “gestación por sustitución”?

El descubrimiento de la posibilidad de transferir embriones genéticamente ajenos sin que se produjera rechazo fue el punto de partida de la gestación por sustitución. Esta práctica de gestar una mujer para otra es rechazada, mayoritariamente, en Europa siguiendo los Principios (específicamente el principio 14 y el 15) del Comité de Expertos del Consejo de Europa de 1987.

Desde la perspectiva sociológica, la actividad de gestación por sustitución responde a motivaciones diversas, la principal es, o ha sido, la imposibilidad física de la mujer de gestar; incluso se ha presentado como un remedio para evitar los impedimentos que conlleva un embarazo en un avance profesional; en cuyo caso se trataría de un auténtico

contrato de “alquiler de vientre” por el cual una mujer cede su útero a cambio de una contraprestación en dinero².

Desde la Ley 13/2005, de modificación del Código civil sobre el derecho a contraer matrimonio, la situación respecto a la utilización de técnicas de reproducción asistida, por matrimonio formado por pareja del mismo sexo, se ha modificado. Aun vigente la prohibición del contrato de gestación por sustitución, se permite la inscripción, en el Registro civil, de filiación de hijo habido mediante madre portadora, como trataremos más adelante.

A) Concepto de gestar para otro³. Cuando nos referimos a la “gestación por sustitución”, términos que utiliza el artículo 10 de la Ley de Reproducción Humana Asistida, estamos ante un acuerdo de voluntades, en relación a un concepturus, por el que una parte encarga a una mujer la gestación, el alumbramiento y la entrega de un ser humano al comitente o a un tercero, con o sin precio, renunciando a reclamar la determinación legal de su maternidad. El acuerdo puede alcanzar, también, a la obligación de gestar aportando el gameto o célula germinal femenina. A este contrato se le denomina, también, con los términos maternidad subrogada, alquiler de útero, embarazo por sustitución, gestación por encargo, entre otros.

El nomen que utiliza el artículo 10 no es riguroso porque la “gestación por sustitución”, es lo mismo que la “gestación por otra”, y su regulación no responde a esta denominación ya que el contratante del apartado primero no es, necesariamente, una mujer.

Por el contrario, la calificación de “gestación por sustitución” que otorga el Informe Warnock (Reino Unido) es conforme con la definición que proporciona, al decir que es “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”. En este caso se hace referencia a un acuerdo de voluntades para gestar “por sustitución” entre dos mujeres, que son quienes están dotadas de los elementos biológicos para gestar un nuevo ser.

La finalidad del acuerdo de voluntades no es tanto un acuerdo de sustitución de una gestante por otra, como posibilitar la determinación de la filiación respecto del sujeto comitente que puede ser hombre, mujer o pareja. Sería más preciso denominarlo “gestación para otro” o, simplemente, “acuerdo de gestación”.

El artículo 10 de la LTRHA no prohíbe expresamente la técnica de “gestación para otro”, es decir, de someterse la mujer a técnicas reproductoras asistida por facultativos; porque su Capítulo VIII sobre Infracciones y Sanciones no lo menciona. En todo caso, la aplicación de las técnicas reproductoras es un convenio entre el equipo médico y la usuaria, que es distinto al contrato del artículo 10 que declara nulo (párrafo primero) y le otorga un efecto distinto al querido por las partes al ordenar, en su párrafo segundo, que el parto determina la filiación materna. Tan sólo permite la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (párrafo 3º).

B) Los sujetos. Las partes que intervienen en el negocio son la parte comitente y la parte gestante:

1) La parte comitente es la que encarga la gestación y puede ser: a) una persona sola; b) una pareja, matrimonial o convivencial; c) o un comitente que actúa para un

² Ver, entre otros, EDUARDO SAMBRIZZI, que cita la situación de jóvenes del este europeo, que son reclutadas por redes albanesas para que alquilen sus úteros. La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, Buenos Aires 2001, p. 114.

³ Para un análisis más completo del art. 10 LTRHA consultar FERRER VANRELL, María Pilar, “Comentario al artículo 10” en Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo. LLEDÓ YAGÜE, Francisco, OCHOA MARIETA, Carmen (directores). Editorial Dykinson. Madrid 2007, págs. 159 y ss.

tercero. En este caso, el tercero es la persona o pareja que pretende la relación de filiación respecto del fruto del encargo.

Esta figura mediadora está muy extendida en Estados Unidos; incluso la llevan a cabo los propios Centros de Salud Reproductiva (CRH), que evita las Agencias. El propio Centro ofrece todos los servicios: recluta las mujeres que gestarán para otro, las someten a rigurosas pruebas; los médicos realizan las técnicas de reproducción asistida pertinentes y siguen todo el tratamiento hasta el nacimiento. El contrato que firma la mujer que gestará y la pareja es asesorado por un grupo de abogados del propio Centro, informándoles de todas las obligaciones y requisitos. Firmado el contrato, el abogado establece un “fondo fiduciario” para atender los gastos médicos, la manutención de la mujer gestante, los honorarios del propio abogado y la tramitación de toda la documentación para que se determine la filiación respecto de la pareja por un Tribunal competente.

2) La otra parte es siempre una mujer que se obliga a gestar, con material reproductor ajeno o propio, alumbrar y entregar el fruto de su gestación, renunciando a la determinación de su maternidad.

C) La prestación del contrato, consistente en gestar un hijo para entregarlo a otro, admite distintas posibilidades en función del acuerdo sobre el elemento generador; la obligación asumida puede ser: 1) someterse a las técnicas reproductoras para engendrar un hijo con un óvulo propio y con esperma que puede ser del comitente o de un donante; 2) o bien, poner a disposición su útero para la implantación de blastocito y así incubar un embrión ajeno, fruto de la fusión de un óvulo de la comitente o de donante, con gameto masculino del comitente o de donante.

La gestante será, en ambos casos, la madre legal, lo sea o no genéticamente, porque biológicamente es la que ha alumbrado al nacido (ex art.10.2 LRHA). La norma no distingue entre las dos modalidades del encargo, por lo que cualquiera que sea la conducta acordada por las partes declara nulo el convenio (ex párrafo primero del art.10).

La conducta designada en la prestación carece de uno de sus presupuestos, que la hace incompatible con el deber jurídico, porque no es lícita al no ser conforme con las leyes, las costumbres y los usos sociales (arts. 1271.3 y 1275 Cc), y la consecuencia es la inexistencia de la obligación⁴.

2. La determinación de la filiación.

La legislación española determina la nulidad del convenio de “gestación para otro”; ahora bien, una vez que la mujer se ha sometido a las técnicas reproductoras convenidas con el equipo médico, el resultado es el nacimiento de un ser humano y se debe proceder a determinar la filiación del nacido.

La Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 consagró el criterio del parto como elemento determinante de la filiación materna⁵. Ya la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificadora del Código civil, había seguido el criterio de la verdad genética en la paternidad, consagrado en los principios constitucionales de 1978; y la Ley del Registro civil establece, respecto a la maternidad, los requisitos determinantes: el hecho del parto y la

4 BASOSA COLL, Ferran, Dret d'obligacions. Publicacions Universitat de Barcelona. Barcanova. Barcelona 1990, pág.12 y ss., y 66.LLEDÓ YAGÜE, F., califica el contrato de ilícito “en virtud de la indignidad en su contenido ontológico, al pretender erigir a la persona en objeto del contrato, cual si se tratara de algo material y patrimonializable (...) dicho negocio jurídico no surtiría efecto alguno entre las partes (...). Fecundación Artificial y ..., cit., pág. 155., en la pág. 151 razona la ilicitud del objeto del contrato y de la causa.

⁵ Siguiendo la solución apoyada por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas (presidida por el Doctor Palacios) que redactó el Informe de Recomendaciones en 1987 a seguir por la LTRA de 1988.

identidad del hijo (artículos 44, 47, 49.3 LRC⁶ y 167 y 168 RRC) porque, hasta que se introducen las técnicas de reproducción asistida y el posterior deslinde entre maternidad genética y maternidad gestante, la regla romana mater semper certa est (D I-II-IV,5) seguía vigente, ya que la madre gestante era siempre la madre genética.

La Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006 otorga un distinto tratamiento en función de la determinación de la filiación paterna o materna; y más, tras la posibilidad de inscripción en el Registro civil de la filiación por pareja homosexual, en las condiciones que regula la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 (BOE de 7 de octubre de 2010); y la modificación del artículo 7 sobre la determinación de la filiación regulada en la Ley 14/2006 de TRHA, modificado por Ley 3/2007, cambios que analizaremos.

Tras exponer la determinación de la filiación en los supuestos que los comitentes del encargo de gestación sean una pareja heterosexual, procederemos a analizar toda la problemática que presentan los encargos de gestación cuando la pareja comitente sea homosexual, haciendo una referencia al supuesto de la determinación de la filiación por pareja homosexual de mujeres que por Ley 3/2007 modificó las reglas de la LTRHA de 14/2006.

2.1 La determinación de la filiación en los supuestos de encargo de gestación por pareja heterosexual.

Cuando la pareja que otorga un contrato de gestación con una mujer es heterosexual, la determinación de la filiación materna tendrá unos efectos distintos a los queridos por las partes (pár.2 del artículo 10 LTRHA); la determinación de la paternidad va a depender de los supuestos que han convenido en el acuerdo de gestación.

2.1.1 Regla general.

a) La filiación materna quedará determinada por el parto (párrafo 2, del art.10 LTRHA). Esta regla supone que la maternidad genética tiene el mismo tratamiento que cuando existe donante de gameto femenino; ha primando la gestación y parto (art. 49.3 LRC)⁷. b) La filiación paterna se determinará en función del consentimiento a la aplicación de las técnicas (art. 8.1 y 8.2 LTRHA) y en función de la aportación del material reproductor masculino (art.8.2 in fine LTRHA y art.10.3 LTRHA), salvo que sea de donante (art.8.3 LTRHA). El padre biológico o genético tendrá acción para reclamar su paternidad, de acuerdo con las reglas generales establecidas en los artículos 112 y siguientes del Código civil y artículos 764 y ss LEC.

2.1.2 Determinación de la filiación según los acuerdos sobre la gestación en “útero de alquiler”.

Distinguiremos en función de que el acuerdo de gestación se haya otorgado con mujer casada o no; y según la aportación de los gametos masculinos. Nos encontramos ante los siguientes supuestos:

1º. Si la mujer que se somete a las técnicas reproductoras por encargo, ya sea con óvulo propio o de donante, está casada, puede ocurrir:

⁶ La Ley 20/2011 del Registro civil, modifica estos artículos, ver lo modificados artículos 44 y ss.. que entrarán en vigor a los tres años desde la publicación de la citada ley (Disposición final décima).

⁷ Se ha entendido que, incluso a costa del auténtico interés del nacido, al no tener en cuenta la maternidad volitiva (que es de la contratante que será, generalmente, la madre genética, en este sentido HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. “La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada”. AC, 1998-2, págs. 3043-3044.

a) que el gameto masculino sea del comitente; al tratarse de una fecundación heteróloga (art.8.1 LTRHA) estará en función del consentimiento prestado por el marido de la gestante, ya que el consentimiento es el título determinante de la paternidad⁸: 1) Si el marido de la gestante presta el consentimiento (art.6.3)⁹ queda determinada su paternidad (art. 8.1 LTRHA) y el hijo se inscribirá como matrimonial; entiendo que el gameto del comitente actúa, en este caso, como si fuera de donante (art.8.3)¹⁰; 2) que el marido de la gestante no preste el consentimiento¹¹: el hijo se inscribirá como no matrimonial. El padre genético, que es el comitente, podrá proceder a reclamar que se determine su paternidad, de acuerdo con las reglas del Código civil.

b) Que el gameto masculino sea de donante; la paternidad genética no se puede determinar (artículo 8.3 LTRHA): 1) si el marido de la gestante consiente a la fecundación, quedará determinada la filiación matrimonial y no podrá impugnarla (art. 8.1 LTRHA); ni podrá reclamarla el comitente porque no es el padre genético (art.8.3 LTRHA); 2). Si el marido no presta su consentimiento, la filiación se inscribirá como no matrimonial. El contratante no es el padre genético y tampoco puede hacer valer su contrato de gestación por ser nulo (art.10.1 LTRHA); ni concurren los presupuestos para prestar el consentimiento previsto (art. 8.2 LTRHA), con la excepción que no se precise el del marido porque estuviese separada (art.6.3), en cuyo caso el comitente creo que podrá prestarlo (art.8.2 LTRHA si es “varón no casado”); en este caso quedará determinada la filiación no matrimonial respecto del contratante (art.49 LRC).

c) Cuando el gameto femenino sea de la gestante y el masculino sea del marido de la gestante (art. 6.3). Estamos ante una fecundación homóloga y la filiación quedará determinada como matrimonial, concurriendo la paternidad legal y biológica. El comitente o comitentes no pueden hacer valer los efectos del contrato por ser nulo (art.10.1 LTRHA); ni existe la posibilidad de determinar la paternidad genética del contratante.

En todos los supuestos analizados la filiación materna la determina el parto (art.10.2 LTRHA), aún siendo el gameto femenino de la comitente.

2º. Si la mujer que se somete a las técnicas reproductoras por encargo, sea con gameto propio o de donante, no está casada: a) si el gameto masculino es del comitente, quedará determinada la filiación no matrimonial de ambos, gestante y comitente; b) si el gameto masculino es de donante y el contratante hubiera prestado el consentimiento a la fecundación previsto en el artículo 8.2 LTRHA la filiación quedará determinada respecto de este comitente (art. 49.1 LRC); c) si el gameto masculino y femenino es de la pareja contratante¹², la gestante habrá incubado un embrión genéticamente de los comitentes¹³; podrá determinarse la

⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F. considera que si se fecunda con semen de tercero, al poderse sustituir el elemento germinante, el consentimiento actúa como elemento esencial para la determinación de la filiación. Elementos de Derecho civil, Derecho de Familia. T.IV, vol.2, 3ª ed. (LACRUZ: SANCHO: RIVERO), Barcelona 1989, pág.156. GETE-ALONSO, M.C., Determinación de la filiación en el Código de familia de Catalunya. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pág. 68 y ss.

⁹ Salvo el supuesto que estuviere casada y separada (art. 6.3). El consentimiento prestado por marido y mujer impide que puedan impugnar la filiación (art.8.1).

¹⁰ Quedaría por determinar la cuestión de la obligación del facultativo sobre la elección del donante.

¹¹ Porque está separada (art. 6.3), porque lo oculta o por otra causa; hay que tener presente que el art. 6.3 exige este consentimiento en la aplicación de técnicas reproductoras a mujer casada.

¹² Queda el problema del art.6.4 LTRHA, respecto a la elección de donante o donantes.

¹³ El Grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado determinaron que la filiación, en los supuestos de aplicación de técnicas reproductivas con gestación por sustitución de embrión formado por los gametos masculino y femenino de los comitentes, debe determinarse por los gametos de la pareja matrimonial y considerar al nacido por voluntad de los comitentes como hijo matrimonial. Lo será genética y volutivamente.

filiación no matrimonial de la gestante y del contratante (art. 10.2 y 10.3 LTRHA). En estos supuestos, el contrato de gestación queda oculto, aunque en ningún caso la mujer comitente puede hacer valer el contrato porque es nulo (art. 10.1 LTRHA); ni lo puede hacer valer el hombre, aunque respecto de él se podrá determinar, en estos supuestos, la paternidad.

El contratante sólo podrá reclamar la paternidad cuando sea el titular del gameto masculino, o cuando, siendo de donante, sea varón no casado y haya prestado el consentimiento previsto en el artículo 8.2 LTRHA (con los efectos del artículo 49.1º LRC). La maternidad siempre la determina el parto (art.10.2 LTRHA); incluso si la contratante aporta el gameto femenino, la madre genética tiene la condición de donante

Esta situación se ha visto modificada por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, que trataremos más adelante.

2.2 La determinación de la filiación en los supuestos de encargo de gestación por pareja homosexual.

La modificación del Código civil por ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, no tuvo su reflejo en la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, aunque se intentó, como se deduce de las enmiendas al artículo 6¹⁴ y al artículo 8¹⁵. Incluso, podría entenderse que se pretendía ir más allá de la mera prestación del consentimiento de la cónyuge no gestante que prescriben estos artículos, según la interpretación que demos a las infracciones reguladas como muy graves en el art.26. c), 5º y 6º, donde podemos encontrar una referencia tangencial a técnicas prohibidas, probablemente, encaminadas a poder conseguir la filiación genética¹⁶ de pareja homosexual de mujeres.

¹⁴ Enmiendas nº 26; nº 32; nº 33; al apartado 5 del nº 35:

Enmienda Núm. 26, al título del artículo 6, de modificación. (firmante: Grupo Parlamentario de Izquierda Verde -IzquierdaUnida - Iniciativa per Catalunya Verds): Sustituir "Usuarios de las técnicas" por "Usuarios y usuarias de las técnicas".La Motivación: "El término usuarias porque entendemos que serán principalmente las mujeres las que se beneficien de estas técnicas, y para reforzar el derecho a la maternidad."

Enmienda Núm. 32 de modificación al artículo 6 (firmante:Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC). Se propone la modificación del objeto del artículo número 6 en los siguientes términos: "Artículo 6. Usuarios y usuarias". Justificación: Por coherencia con las enmiendas anteriores (cambio de varón no casado por persona no casada) con el objetivo de no excluir la maternidad compartida entre dos mujeres.

Enmienda núm. 33 de modificación al artículo 6, apartado 3 (firmante: Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) .Se propone modificar el apartado 3 del artículo 6 en los siguientes términos: "3. Si la mujer estuviera casada, podrá solicitar el consentimiento a su cónyuge; si no se solicitara o no se prestara dicho consentimiento por parte de su cónyuge, no se presumirá la filiación matrimonial." .Justificación: Consideramos discriminatorio y contrario a la autonomía de la mujer en su decisión de maternidad el tener que solicitar el consentimiento del cónyuge a la hora de que le sean aplicadas las técnicas que regula esta ley. Sin embargo siendo que el artículo 108 del Código Civil presume la filiación matrimonial, creemos que el caso en que el o la cónyuge no preste consentimiento debe llevar aparejado la no aplicación de la presunción de filiación, que por otra parte podrá también ser inscrita por e conocimiento. Se sustituye el término marido por cónyuge en coherencia con el resto de leyes que se están tramitando en las Cortes Generales y entre ellas la de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Enmienda núm.35 de adición al artículo 6. Se propone añadir un nuevo apartado 5, con la siguiente redacción: "5. Las mujeres tienen derecho a ser usuarias o receptoras de las técnicas reguladas en esta ley sin que puedan hacerse distinciones por motivo de su opción sexual o estado civil." .Justificación: Se propone añadir este apartado con la finalidad de reforzar el derecho a la maternidad de todas las mujeres. También se justifica esta enmienda al hecho de que nos consta que hay centros que proponen como requisito o como condición preferente el hecho de que se trate de mujeres casadas con un hombre, con problemas de esterilidad. Esta situación excluye de nuevo a las mujeres solteras o que tienen como pareja a otra mujer, o incluso otros casos en los que la reproducción asistida no está motivada por la esterilidad.

¹⁵ al art. 8.1, nº 23 y al art. 8.2, nº 27.

Enmienda Nº 23 de modificación al art.8.1 (firmante: Grupo Parlamentario de Izquierda Verde -Izquierda Unida -iniciativa per Catalunya Verds) Se propone la siguiente redacción: "8.1 Ni la mujer progenitora ni su cónyuge... (el resto igual)." .Motivación:Se sustituye el término marido por cónyuge en coherencia con el resto de leyes que se están tramitando en el Parlamento y entre ellas la de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Enmienda nº 27 de modificación al art. 8.2 (firmante: Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds). Sustituir la expresión: "... donante prestado por persona no casada... (el resto igual)" .Motivación: Por coherencia con las enmiendas anteriores (cambio de varón no casado por persona no casada) con el objetivo de no excluir la maternidad compartida entre dos mujeres.

¹⁶ En el supuesto que clínicamente sea posible la creación de un material reproductor femenino compuesto por ovocitos de distintas mujeres.

Además, el texto inicial del Proyecto de Ley 121/000039 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOCG, 13 de mayo 2005), en el apartado a) del art. 1.1º regulaba como objeto de las técnicas de reproducción humana asistida la finalidad de “facilitar la procreación en casos de esterilidad”, que finalmente desapareció¹⁷ del texto de la Ley 14/2006, quedando regulado, en el segundo párrafo del artículo 6.1 del texto aprobado, la posibilidad de aplicación de las técnicas reproductoras a mujer “con independencia de su estado civil” y añade con independencia de su “orientación sexual”¹⁸.

La cuestión que ahora nos ocupa es el análisis del “acuerdo de gestación” otorgado entre una pareja homosexual y una mujer que se obliga a gestar para aquélla, con la finalidad de inscribir en el RC la filiación respecto de la pareja comitente.

Esta situación no afecta a la pareja homosexual de mujeres porque, probablemente, no tendrán que acudir al “acuerdo de gestación”, ya que cualquiera de las cónyuges puede someterse a las técnicas de reproducción asistida con contribución de donante de material reproductor masculino. La Ley ha previsto esta distinción al modificar el art. 7 de la LTRHA posibilitando la inscripción en el Registro civil de la “doble maternidad”.

Tras un breve análisis sobre la modificación legislativa que ha permitido inscribir en el Registro civil a un nacido como hijo de dos mujeres unidas en matrimonio, dedicaremos la atención a la problemática que suscita la determinación de la filiación e inscripción en el Registro civil del nacido como consecuencia del acuerdo de voluntades entre una pareja homosexual masculina y una mujer que se obliga a gestar para la pareja de hombres o para un hombre solo. Cuestión ésta que es de plena actualidad por el eco mediático que está teniendo.

2.2.1 Determinación de la filiación de pareja matrimonial de mujeres.

La posibilidad de filiación genética derivada de dos mujeres parece que, clínicamente, no es posible; incluso, si dentro de los avances científicos se puede alcanzar a través de técnicas de reproducción asistida, la ley no permite que puedan producirse ciertas confusiones genéticas, aunque sean aparentes; es así que la Ley prohíbe las técnicas de reproducción genética aplicada a una pareja femenina en la que se transfieran a “la mujer receptora en un mismo acto preembriones originados con ovocitos de distintas mujeres”, que está tipificada como infracción muy grave en el artículo 26.c, 6º LTRHA¹⁹.

Cuando la pareja de mujeres es matrimonial la Ley permite la determinación de la filiación respecto de ambas.

Al ser la mujer, siempre, la usuaria de estas técnicas de reproducción asistida por facultativo, no necesita acudir a un acuerdo de gestación entre la pareja de mujeres y una mujer que conciba por encargo para ellas (acuerdo que el artículo 10 de la LTRHA determina su nulidad), porque cualquiera de los miembros de la pareja de mujeres puede someterse a la aplicación de dichas técnicas reproductoras con contribución de donante de esperma. Por lo que, el acuerdo de gestación, biológicamente no resulta necesario como lo es en una pareja de varones.

La primera cuestión que planteamos es si la cónyuge casada con mujer, que se someta a técnicas reproductoras, necesita el consentimiento de su cónyuge (mujer no gestante, artículo 6.3 LTRHA) por aplicación de la Disposición Adicional

¹⁷ Ver el comentario al artículo 1 por DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, en Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (Ley 14/2006, de 26 de mayo). LLEDÓ YAGÜE, Francisco y OCHOA MARIETA, Carmen (directores), Dykinson, S.L. Madrid 2007, pág. 32 y ss.

¹⁸ Ver comentario al artículo 6, FERNÁNDEZ GÓMEZ, J.M^º, en Comentarios científico-jurídicos..., cit. Pág.101.

¹⁹ Art.26, c) 6º. “La transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados con ovocitos de distintas mujeres”.

Primera²⁰ de la Ley 13/2005; y si este consentimiento tiene la eficacia que otorga el art.8.1 LTRHA. De no prestar el consentimiento, determinada la filiación materna por el parto, su cónyuge (mujer) podrá adoptar al hijo de su consorte (art. 176.2.2º CC).

La posterior modificación del artículo 7, de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, por Ley 3/2007, de 15 de marzo, sobre Regulación de la Rectificación Registral de la mención relativa al sexo de las personas, añade un párrafo 3º que permite inscribir la filiación matrimonial de la pareja de mujeres, del hijo biológico de una de ellas nacido por técnicas de reproducción humana asistida, de acuerdo con las reglas de inscripción prescritas por la Orden de 8 de febrero de 2006, con la denominación progenitor A y progenitor B (art. 4.1.1º).

Esta modificación implica “la necesidad de establecer un nuevo modelo de consentimiento informado, en el que deberán hacer constar la aceptación, tanto de la mujer que va a someterse a los tratamientos de reproducción asistida como de su pareja”²¹

Ya se pronunciaba DÍAZ MARTÍNEZ, antes de la modificación del artículo 7 de la Ley 14/2006, en el sentido de admitir la filiación matrimonial de la pareja de mujeres, porque “una vez que se ha dado el paso de admitir una doble maternidad mediante la adopción del hijo, por la pareja de la otra mujer que ha alumbrado tras la utilización de las técnicas de reproducción asistida (...), y que está reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005), no parece un sinsentido admitir la aludida doble maternidad sin necesidad de recurrir a la adopción”²².

La filiación desde la perspectiva biológica siempre será respecto de la mujer que da a luz el hijo, porque el parto determina la maternidad; si bien se puede inscribir como matrimonial de las dos mujeres (progenitor A (padre) y progenitor B (madre)), siempre que su cónyuge preste el consentimiento al ser este consentimiento el que determinará la filiación²³, porque lo permite el apartado 3º añadido por la citada Ley 3/2007, que preceptúa: “cuando la mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última, podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”²⁴.

Estamos ante un supuesto que, mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, a una de las cónyuges, con el consentimiento de su consorte, da a luz un hijo y podrá inscribirse la filiación respecto de ambas.

Las posibilidades pueden ser diversas:

²⁰ Disposición Adicional 1ª. Aplicación en el ordenamiento. Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes

²¹ OCHOA, C. y LLEDÓ BENITO, I. en Adenda: Comentarios científico-jurídicos..., cit. LLEDÓ dice que “hasta la fecha, en la mayoría de las unidades de reproducción asistida, utilizábamos un consentimiento informado de mujer sola. Una vez que se producía el nacimiento del bebé, la 2ª mujer ó 2º cónyuge demandaba al centro una certificación de su coparticipación, durante todo el tratamiento de su pareja, con la intención de demostrar su deseo de corresponsabilidad ante la administración, lo que a su vez la permitía iniciar los trámites de adopción del hijo nacido de su pareja”.

²² Comentario al art.1 Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre...cit, LLEDÓ YAGÜE, Francisco y OCHOA MARIETA, Carmen (directores), , pág. 35.

²³ Ver LLEDÓ BENITO, I. en Adenda a Comentarios científico-jurídicos, cit. Entendiendo, LLEDÓ, que el consentimiento anticipado se refiere al consentimiento informado a la práctica de las técnicas reproductoras, que se deberá “llevar a cabo esta declaración ex post partum una vez haya nacido el hijo. En este caso aportará la cónyuge de la gestante como documento indubitado el consentimiento médico”.

²⁴El artículo 235.13 del Codi Civil català dice: “Els fills nascuts de la fecundació assistida de la mare, són fills de l'home o de la dona que l'ha consentida expressament en un document estès davant d'un centre autoritzat o en un document públic”.

a) que la maternidad sea genética, es decir, que el óvulo sea de la madre que alumbró; en este caso, sigue el principio que es madre quien alumbró; ahora bien, la inscripción de la maternidad/paternidad de la cónyuge de la madre que da a luz, que presta el consentimiento aparecerá como progenitor A;

b) que el óvulo sea de la cónyuge de la madre que alumbró, en cuyo caso la maternidad será biológica respecto de la madre que alumbró, y la cónyuge, que es la madre genética, si consiente, podrá inscribir la filiación como progenitor A;

c) que el óvulo sea de una donante, en este caso, al ser el parto lo que determina la maternidad, se inscribirá respecto de la madre biológica, y su cónyuge (que no ha aportado el material genético ni es quien ha gestado y parido) podrá consentir en que se inscriba su paternidad/maternidad; en tal caso quedará inscrita la filiación respecto de la madre biológica como progenitor B, (la que alumbró); y como progenitor A, respecto de la cónyuge que consiente.

2.2.2 Determinación de la filiación de pareja matrimonial de hombres.

La posibilidad de que la pareja homosexual masculina pueda tener hijos genéticos de ambos no parece que, clínicamente, sea posible salvo futuros avances científicos.

Jurídicamente está prohibido crear preembriones “con material biológico masculino de individuos diferentes” para transferirlos a una mujer (incluso está regulado como falta muy grave esta posibilidad, contemplada en el art.26.c, 5º LTRHA)²⁵.

La situación de la pareja matrimonial masculina al no poder gestar y alumbrar un hijo, como el matrimonio de dos mujeres, encuentran la solución para ser padres en el contrato de alquiler de útero, aunque la legislación española declara nulo el acuerdo de “gestación por sustitución” (art. 10.1 LTRHA).

Ahora bien, si se utilizara el contrato de gestación (a pesar del efecto previsto en el artículo 10 LTRHA), del acuerdo gestatorio entre un miembro de la pareja masculina y la mujer gestante, daría lugar a la creación de un ser humano y se podría determinar la filiación genética, porque *pater is quem sanguinis demonstrat* (porque en la relación contractual con la mujer gestante no actúa como donante, art. 8.3 LTRHA). Determinada la filiación, el cónyuge de la pareja homosexual, o si no está casado en caso de contraer posterior matrimonio, podría proceder a la adopción del hijo de su consorte (art. 176, 2.2º CC), siempre que la madre gestante, que ha alumbrado, preste su asentimiento a la adopción²⁶ (art.177.2.2º CC); ya que el parto determina la maternidad (art.10.2 LTRHA).

El problema se plantea cuando la pareja masculina pretende la determinación de la paternidad de ambos. La modificación del art. 7 de la Ley 14/2006 por Ley 3/2007, añadiendo un apartado 3º, no ha previsto la posibilidad que la pareja matrimonial masculina pueda prestar el consentimiento para que se determine su filiación respecto del hijo de su consorte, previsto sólo para la cónyuge de la mujer que alumbró, ya que el hombre no puede dar a luz. A la pareja homosexual masculina, casada, sólo le quedaba la vía de la adopción del hijo de su consorte para determinar una filiación conjunta.

²⁵ Art. 26.c), 5º “La creación de preembriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a la mujer receptora”

²⁶ No es posible, dada la brevedad de este comentario, referirnos a la situación no sólo de entrega por la madre del nacido a la Administración pública; sino, incluso al supuesto de ocultación de maternidad, que permitía el art. 167 RRC, que a raíz de la STS de 21 de septiembre de 1999 ha declarado inconstitucional. Ver Orden Ministerial de 10 de noviembre de 1999. Ver RUBIO TORRANO, E. Aranzadi nº 9/2003.

La situación, ahora, es distinta. Una vez publicada la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, ha abierto una vía para inscribir la filiación respecto a una pareja homosexual masculina de un hijo nacido como consecuencia de un contrato de gestación, aunque el art. 10 de la LTRHA declare la nulidad del mismo.

3 Especial referencia a la inscripción de la filiación de un nacido mediante la llamada “gestación de sustitución”. La doctrina jurisprudencial.

El problema de los nacidos de “útero de alquiler” en el extranjero, se presenta a la hora de inscribir, en el Registro civil, la filiación respecto de los comitentes, porque no se puede hacer valer el contrato de “gestación para otro” al ser nulo en la legislación española; además, la inscripción iría contra una norma imperativa que prescribe que el parto determina la maternidad (art.10.1 y 2 LTRHA).

Es sabido que se ha intentado burlar la prohibición, tanto por parejas heterosexuales, como por parejas homosexuales; especialmente la formada por dos hombres. Una vez concertada la gestación con una mujer portadora, en países extranjeros donde su legislación lo permite, que entrega el nacido al comitente renunciando a la determinación de su maternidad, se ha intentado hacer valer la decisión judicial extranjera, donde se determina la filiación respecto de los comitentes, para que se inscriba en el Registro civil español.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 18 de febrero de 2009 (JUR\2009\154581) estima el recurso interpuesto por un matrimonio homosexual contra la denegación del Encargado del Registro Consular de los Ángeles de la solicitud de inscripción de la filiación de gemelos nacidos, en octubre de 2008 en San Diego (California), por la llamada “gestación de sustitución”, y ordena la inscripción en el Registro civil, según la certificación registral extranjera²⁷.

La DGRN intentó, en esta Resolución, dar vía legal a la inscripción en el Registro civil de la filiación de los nacidos de “útero de alquiler”, cuando la ley española dispone que el parto determina la maternidad. No estamos analizando un problema de nulidad del contrato de “gestación para otro”; sino que se trata de una Resolución contraria a la norma imperativa (art.10.2 LTRHA) que la DGRN admitió, basándose en que se había cumplido el control de legalidad impuesto por el art.23 de la Ley del Registro Civil. La Resolución se impugnó y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010 entendió, de forma contraria a la Resolución²⁸, que la LRC en su art. 23 exige que “no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española”. Por eso entiende que la filiación del nacido por maternidad subrogada la determina el parto. Recurrida esta Sentencia, la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia de 23 de noviembre de 2011, sigue manteniendo la necesidad de adecuación al sistema legislativo español para proceder a la inscripción, determinando que existen “importantes obstáculos a la inscripción en el Registro civil español de la filiación pretendida” y pone de manifiesto que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así como la propia dignidad de la persona. Zanja la cuestión diciendo que la certificación extranjera debe superar, como es doctrina de la propia DGRN, un control de legalidad; y para entender vulnerado el orden público debe atenderse, no a disposiciones genéricas y abstractas de orden público internacional español, sino que debe examinar si la certificación que se presenta a inscripción es conforme a la legalidad española.

²⁷ Mas adelante comentaremos algunos aspectos de la Resolución.

²⁸ La Resolución dice que el control de legalidad se limita a la inscripción registral de una filiación determinada legalmente conforme a una legislación extranjera vigente.

Esta Sentencia, que es contraria a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, la Audiencia Provincial de Valencia la dicta tras la entrada en vigor de la citada Instrucción.

La Instrucción sigue la misma línea que la Resolución de la DGRN de 2009, anteriormente citada; trata de solucionar el acceso de la inscripción registral de la filiación de los hijos nacidos de "útero de alquiler" en países extranjeros al Registro civil español, en los casos donde sus respectivas legislaciones lo permiten y que la legislación española no sólo declara nulos tales acuerdos, sino que prohíbe el resultado que no es otro que determinar la filiación respecto de los comitentes, tras la renuncia a la determinación de la maternidad de la mujer que alumbra (art. 10.2 LTRHA).

III. Epílogo

Analizada la situación creada a partir de la entrada en vigor de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 podemos concluir que se hacen necesarias ciertas reformas legislativas, si lo que pretende la citada Instrucción es dar efectos legales a determinados contratos de "gestación para otro", que declara nulo el art. 10.1 LTRHA, al permitir que se inscriba la filiación del nacido en el extranjero respecto de los comitentes que contrataron el "útero de alquiler", alterando o burlando así la imperatividad del precepto contenido en el segundo párrafo del artículo 10 LTRHA. Para que esta modificación se ajuste a derecho, debe respetar el principio de jerarquía normativa y el principio de igualdad.

Si la política legislativa es dar acceso al Registro civil a la inscripción de la filiación derivada de contratos con "madres portadoras", se impone la modificación de los párrafos 1 y 2 de la LTRHA de 2006, en la línea de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010; con todos los requisitos y garantías que exige nuestro ordenamiento, como por ej. regular, por analogía, lo prevenido en el artículo 6.1º LTRHA y artículo 177,2,2º, tercer párrafo Cc; porque nos encontramos ante la siguiente situación:

1) por una parte la Instrucción, que roza el principio de jerarquía normativa, permite dos efectos distintos derivados de los contratos de gestación para otro, en función del lugar donde se otorgue el contrato. Esta cuestión está estrechamente ligada al poder adquisitivo de quien pretende otorgar el contrato de gestación y en consecuencia altera el principio de igualdad.

2) Por otra, estos efectos se concretan en una doble situación: a) cuando el contrato de "gestación para otro" se otorga en un país extranjero que su ley regula, la Instrucción de la DGRN permite que produzca efectos en España porque autoriza, no el contrato, sino el efecto del contrato, que es la entrega de un nacido en el extranjero, renunciando la futura gestante, anticipadamente, a la determinación de su maternidad, para que tenga acceso al Registro civil español la inscripción de la filiación respecto de los comitentes; siempre que la resolución judicial que determine esta filiación, se haya sometido al reconocimiento incidental por el juez encargado del Registro civil o por exequatur, reúna los requisitos exigidos en la norma. b) Cuando el contrato de "gestación para otro" se celebre en España, el efecto es distinto al anterior porque, en este caso, el párrafo primero del art. 10 LTRHA declara su nulidad, y cierra el acceso al Registro civil para inscribir la filiación respecto de los comitentes, ya que la maternidad siempre la determina el parto (art. 10.2 LTRHA); tan solo cabe, en su caso, la reclamación de la paternidad en las condiciones del párrafo tercero del art. 10 LTRHA.

Esta doble consecuencia es claramente inconstitucional; por una parte, la Instrucción contradice el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE), al ser contraria a la Ley de TRHA; por otra, los efectos que permite la Instrucción vulneran el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE).

IV BIBLIOGRAFÍA

ALCORTA IDIAKEZ, I. Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Tomson-Aranzadi 2003.

BASOSA COLL, Ferran, Dret d'obligacions. Publicacions Universitat de Barcelona. Baranova. Barcelona 1990

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, en Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (Ley 14/2006, de 26 de mayo). LLEDÓ YAGÜE, Francisco y OCHOA MARIETA, Carmen (directores), Dykinson, S.L. Madrid 2007.

FERNÁNDEZ GÓMEZ, J.M^a , en Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (Ley 14/2006, de 26 de mayo). LLEDÓ YAGÜE, Francisco y OCHOA MARIETA, Carmen (directores), Dykinson, S.L. Madrid 2007.

FERRER VANRELL, María Pilar, “Comentario al artículo 10” en Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo). LLEDÓ YAGÜE, Francisco, OCHOA MARIETA, Carmen (directores). Editorial Dykinson. Madrid 2007

GETE-ALONSO, M.C., Determinación de la filiación en el Código de familia de Catalunya. Tirant lo Blanch, Valencia 2003,

HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. “La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada”. AC, 1998-2

LLEDÓ YAGÜE, F., Fecundación Artificial y derecho. Tecnos Madrid 1988

LLEDÓ YAGÜE, Francisco, Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (Ley 14/2006, de 26 de mayo). LLEDÓ YAGÜE, Francisco y OCHOA MARIETA, Carmen (directores), Dykinson, S.L. Madrid 2007

1 OCHOA, C. y LLEDÓ BENITO, I. en Adenda: Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (Ley 14/2006, de 26 de mayo). LLEDÓ YAGÜE, Francisco y OCHOA MARIETA, Carmen (directores), Dykinson, S.L. Madrid 2007.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. Elementos de Derecho civil, Derecho de Familia. T.IV, vol.2, 3^a ed. (LACRUZ; SANCHO; RIVERO), Barcelona 1989.

RUBIO TORRANO, E. Aranzadi nº 9/2003.

SAMBRIZZI, EDUARDO La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, Buenos Aires 2001.

EL DERECHO PRÓXIMO (UNA REFLEXIÓN SOBRE EL ENTORNO JURÍDICO)

Dr. José Ángel Torres Lana
Catedrático de Derecho civil
Universidad de las Islas Baleares

Fecha de recepción: 12 de enero de 2013

Fecha de aceptación: 12 de febrero de 2013

SUMARIO: 1.- EL DERECHO PRÓXIMO (UNA REFLEXIÓN SOBRE EL ENTORNO JURÍDICO)*

RESUMEN: El estudio constituye una reflexión sobre la función y el papel que el Derecho juega en la sociedad. Se destacan en él su naturaleza de ciencia social y su finalidad organizadora de la convivencia. A continuación se analiza la naturaleza de la norma jurídica, diferenciándolas de las leyes físicas. Finalmente se hace un recorrido por las diferentes ramas del Derecho. El recorrido se detiene en el Derecho civil, como rama jurídica más cercana a la persona y describe las diferentes situaciones a las que se refiere: el nacimiento, el intercambio de bienes y servicios, la propiedad, la familia y el matrimonio y, finalmente, el fallecimiento y la voluntad post mortem del fallecido. Concluye con un llamamiento a la prudencia del legislador, para que utilice el sentido común a la hora de preparar las leyes.

ABSTRACT: This paper is a reflection about the function and purposes that law plays in the society. It underlines its nature of social science and its objective of organizing the social living. After that nature of legal rule is analyzed, making differences with the physical rules. Finally it approaches to the different branches of Law. The walk stops near the so called Civil Law under continental legal system, because it is the branch nearest to the person, and describes the different situations that are referred to: birth, good and services interchange, property, family, marriage, and finally, the decease and the will. The study ends with a call to the legislator to use the common sense in the lawmaking process.

PALABRAS CLAVE: Derecho, ciencia social, norma, nacimiento, intercambio de bienes y servicios, propiedad, matrimonio, fallecimiento, testamento.

KEY WORDS: *Law, social science, rule, birth, goods and services interchange, property, marriage, death, will.*

(*) El presente trabajo constituye básicamente la lección inaugural pronunciada por el autor en el solemne acto de apertura del curso académico 2010-2011 de la Universidad de las Islas Baleares. Se han realizado en el mismo, no obstante, los retoques y adaptaciones necesarias.

1.- EL DERECHO PRÓXIMO (UNA REFLEXIÓN SOBRE EL ENTORNO JURÍDICO)

1. Tradicionalmente, el Derecho se ha manifestado ante la persona corriente como algo lejano, casi, casi arcaico, con un punto de esoterismo. La pompa y circunstancia que acompaña usualmente –aunque ahora vaya perdiéndose– al lenguaje y al actuar jurídico ha contribuido no poco a reforzar este sentido de alejamiento. Por ello, es perfectamente válido comenzar estas líneas con una pregunta: el Derecho, ¿interesa? ¿Despierta un interés generalizado? O, con otras palabras, ¿puede esperarse algo interesante del Derecho? Parece evidente que mi respuesta va a ser claramente afirmativa. Y, claro, es evidente también que la afirmativa proviene de la existencia no de uno, sino de muchos temas jurídicos de interés actual, para este concreto *hic et nunc*.

De entre todos estos temas he seleccionado que, según creo, supone una simbiosis entre el interés y la proximidad, la cercanía a la persona. Por eso lo he bautizado como “El Derecho próximo”. Próximo, no en el sentido del que va a venir en un futuro inmediato, sino en este otro ya apuntado: el que está cerca; o, mejor dicho, el que está más cerca. El Derecho que nos rodea, que nos envuelve, el que, a veces, hasta aprieta demasiado. Podemos vivir la vida sin contacto con ramas de la ciencia esenciales y atractivas. Podemos pasar la vida entera sin conocer nunca un ingeniero aeronáutico, un informático –aunque sea difícil– o un filósofo puro. Pero del Derecho y de la actividad cotidiana de sus aplicadores no nos libramos. Y, a lo mejor, hasta es bueno que no nos libremos.

2. Pero de momento conviene aproximarse a la idea misma de Derecho. ¿qué es el Derecho? Y, respecto a ello, se nos dice que el Derecho es una ciencia social, lo que significa que, para que el Derecho surja, tenga sentido o razón de ser, hace falta la sociedad, es decir, al menos dos personas. Por eso, en la isla de Robinson Crusoe no existía el Derecho. Sencillamente, no hacía falta. Hasta que apareció Viernes y surgió, al menos en principio, ese mínimo tejido social, la relación entre dos. Pero, ¿surgió de verdad? El resto de la historia nos demuestra que no. Lo que nació fue una relación de señorío, de poder, que contestaba a una pregunta bien simple: aquí, ¿quién manda? Hay que hacer notar que la pregunta se encuadraba no en el marco de una relación interpersonal, sino en el de una relación entre un hombre y un semoviente, un ser vivo, que se movía por sí solo, sí, pero que no era ni mucho menos una persona, sino un salvaje, acaso un animal, desde luego un esclavo. Por eso, entre Robinson y Viernes nunca llegó a nacer una relación social; mucho menos jurídica. La que sí nació fue una relación de dominación, porque a los animales también hay que domarlos, que enseñarlos y dejarles bien claro quien es el que manda. Pero el Derecho seguía siendo innecesario, porque el esclavo no es propiamente una persona, sino un objeto, sobre el que el amo tiene un poder omnímodo de disposición; incluso sobre su propia vida. Pero la obvia respuesta a la cuestión formulada –¿quién manda aquí?– resolvía a la vez otras cuestiones enlazadas a ésta, como la atribución de los frutos de la tierra o de los productos de la caza o de la pesca. Todo para el amo; nada para el esclavo.

Pero entre iguales –o entre más o menos iguales– la solución no es tan simple. Robinson sí precisó del Derecho respecto a la tripulación del navío que, en definitiva, lo rescató y lo condujo de vuelta a Inglaterra. Y ante la misma se autoproclamó rey y dueño de la isla, es decir, se atribuyó las dos relaciones básicas de dominación: la política y la patrimonial. Como rey, el resto de las personas eran sus súbditos en la isla; como dueño, los demás carecían de las facultades de usar y de disfrutar los bienes de la isla. Dos reglas bien sencillas, pero decisivas, porque diseñaban las dos situaciones esenciales y básicas de poder: la de mando y la de asignación de los recursos económicos.

(*) El presente trabajo constituye básicamente la lección inaugural pronunciada por el autor en el solemne acto de apertura del curso académico 2010-2011 de la Universidad de las Islas Baleares. Se han realizado en el mismo, no obstante, los retoques y adaptaciones necesarias.

Esto es, en definitiva, el Derecho: un modo de organizar la convivencia entre personas. Y, de la misma manera que el Derecho necesita al menos de dos personas para tener sentido, las personas también necesitan el Derecho para organizarse. ¿Cómo? Porque el Derecho consiste y se manifiesta a través de reglas de conducta, de normas que se imponen de forma coactiva.

En este momento conviene detenerse a reflexionar un momento sobre el alcance de la eficacia de la norma. Las normas jurídicas no son como las leyes físicas, universales e inexorables: universales porque son iguales en todo tiempo y lugar; inexorables, porque jamás se incumplen. Soy consciente de que incluso este axioma está ahora mismo en revisión, pero no repugna –todavía– al pensamiento científico adoptarlo como punto de partida. Por el contrario, las normas jurídicas son mutables y contingentes. Mutables, porque cambian con las épocas y cambian en el seno de los grupos sociales a los que regulan. Ejemplo de lo primero es que el reconocimiento de la condición de persona a cada ser humano por el mero hecho de serlo no ha sido un flash instantáneo, sino el resultado de un proceso lento, trabajoso a veces violento, y aun hoy la esclavitud adopta otras formas más sutiles, más sinuosas y, por lo tanto, más peligrosas. Muestra de lo segundo es la diversidad de formas de organizar jurídicamente el modelo familiar: desde sociedades que admiten la poligamia –entre las que España figuraba hasta tiempos bien recientes– o el matrimonio entre personas del mismo sexo, hasta las que rechazan la una y el otro de forma radical. Pero, además, las normas jurídicas pueden ser quebrantadas, incumplidas. Las normas son mandatos que imponen a sus destinatarios –nosotros, las personas– unas determinadas conductas. Pero como el ser humano es libre puede decidir actuar de la forma en que la norma le ordena o en otra diferente. Millones de ejemplos diarios acreditan este aserto.

Volvamos de nuevo al tema. Como es natural, la organización jurídica no se reduce a establecer sólo quién manda y quién es el dueño de algo. A medida que las comunidades sociales han ido aumentando en número, también en número de integrantes de las mismas, así como en complejidad, la organización jurídica ha ido complicándose en la misma o mayor proporción y el número de reglas ha ido también aumentando y se ha hecho más complejo. En un principio, tal aumento continuaba focalizado en cuestiones próximas a las personas, tales como su propia identidad, su agrupación en unidades de procreación o la articulación del proceso de intercambio de bienes y servicios. Pero después, la complejidad traspasó su propia naturaleza instrumental y, en una suerte de pernicioso feed-back, pareció transformarse en un fin en sí misma. Las normas fueron haciéndose cada vez más técnicas y, lo que es peor, cada vez más tecnológicas. Y, en esa misma medida, el Derecho iba haciéndose cada vez más lejano a sus destinatarios, cada vez más incomprendible, cada vez más brumoso...

Es verdad, sí, que cada brizna de Derecho que se agita, por más que sea levemente, incide sobre los miembros del grupo social al que organiza. Pero también lo es que, en muchas ocasiones, esta incidencia constituye más un ejemplo de la teoría del caos –el efecto mariposa– que un influjo perceptible. Dicho de otro modo, nos beneficiamos de la electrónica, pero ni conocemos las reglas que regulan su aplicación social ni –como ya he dejado indicado– posiblemente conozcamos nunca a un ingeniero electrónico: circulamos por carreteras, pero ignoramos las exigencias técnicas exigidas para su ejecución y acaso nunca conozcamos a un ingeniero de caminos. Son muestras de ese Derecho lejano, que nos influye, pero no nos afecta.

3. Porque el Derecho es eso, pero no sólo eso, sino mucho más que eso. El Derecho es también Derecho próximo. Es Derecho próximo ese conjunto de normas que nos envuelve, que nos rodea, aquel conjunto de normas del que no nos libramos ni aun queriéndolo. Porque son esas reglas que inciden directamente en nuestras vidas, que las modifican y que además nos suministran información patente de esa influencia, en ocasiones de forma cotidiana, otras veces, en cambio, con periodicidad y, en alguna ocasión, con la pretensión de aplicarse solamente una vez en la vida.

Y ya es hora de mencionar alguna de esas manifestaciones, para que pueda apreciarse la veracidad de lo que hasta aquí ha quedado expuesto..

Empecemos por el marco básico de nuestra convivencia, la Constitución, que ofrece un carácter híbrido: a veces muy próximo; a veces, más lejano. Muy próximo, cuando expresa las nociones nucleares del país, lo define y enumera sus símbolos y aun más cuando declara nuestros derechos fundamentales y nuestras libertades esenciales; más lejano, cuando se detiene en aspectos organizativos, muy importantes, pero de percepción popular más discutible. Ley de leyes la llaman. Por eso ocupa la cúspide de una ideal pirámide normativa. A ella deben ajustarse todas las demás leyes, lo que no siempre ocurre, como es bien sabido.

Sigamos por algo, ahora sí, muy cercano; sigamos por nuestras relaciones con la Administración. La Administración es un órgano informe, casi, casi monstruoso, con el que tropezamos con una cotidianeidad sorprendente. Son sus reglas las que nos obligan a conducir por la zona derecha de las vías públicas, con excepciones: algunos borrachos, algunos locos y casi todos los ingleses y los países sometidos aun a su zona de influjo. Pero es también la Administración la que nos da la tarjeta de la seguridad social. Y la que organiza el sistema de matrícula en un centro docente público, universitario o no, y expide el título habilitante –ahora llamado “de grado”– cuando se concluyen victoriosamente los estudios. Y es también la Administración la que ha reducido a los funcionarios el salario en un 5 por 100 –¡de promedio!–, porque los funcionarios, trabajan para ella mediante un estatuto específico de reglas que sólo son aplicables a ellos.

Es asimismo Derecho muy próximo el que se refiere a los delitos y a las penas. De esta rama del Derecho se han predicado cosas estupendas. Por ejemplo, que el delincuente que comete un delito no infringe el Código penal, sino que lo cumple. Acaso podría hablarse de una suerte de “transgresión legal”. También se ha dicho que, si el Derecho –en general– es el minimum ético, este Derecho, llamado penal, es el minimum de ese minimum ético, porque previene, reprime y sanciona las conductas que de forma más grosera desbaratan la convivencia: las de quien mata, las de quien roba, las de quien viola o atenta contra la libertad sexual o las de quien se apropia o malversa bienes que no son suyos, tanto si son privados, como si son públicos. Pero ningún mensaje mejor que el lanzado hace tiempo –aunque aun conserva toda su fuerza, todo su vigor expresivo– por Concepción Arenal: “Odia al delito y compadece al delincuente”. Este Derecho de las penas y de los delitos es, además, un excelente termómetro del nivel ético de una sociedad. Termómetro, sí, aunque peculiar, porque funciona en proporción inversa: cuanto más tenga que ser aplicado, menor es el nivel ético del grupo social cuya temperatura penal se mide..

Y muy conectado a éste –aunque no sólo a éste– está el que articula las garantías de la discusión jurídica, para que ésta sea igualitaria y entre iguales. Y cuando se desvía de esta igualdad suele hacerlo pensando siempre en el beneficio de la persona, aunque sea un delincuente: ahí está la presunción de inocencia para demostrarlo, inclinando el debate a favor del enjuiciado e imponiendo al Ministerio Público la carga de acreditar cumplidamente su culpa. Es cierto, sí, que hay zonas procesales con desviaciones no justificadas que, afortunadamente, cada vez están más en cuestión. La discusión con la Administración pública no es entre iguales. Acaso no deba serlo, pero el privilegio, aunque goce de una relativa razón de ser, no puede reforzarse con la prepotencia. Y en ésta cae, con alarmante frecuencia, la Administración en sus tratos con los particulares; en ésta y en su particular concepción del análisis económico del Derecho que le lleva, con razón desde el punto de vista de la eficiencia, a considerar rentable perder un número clamoroso de procesos sólo porque el porcentaje de quienes llegan a plantear demandas contencioso-administrativas es mínimo respecto a los que podrían haber recurrido con razonable fundamento.

La solidaridad social se manifiesta en un sector del Derecho que no goza de excesiva popularidad, pero que es altamente necesario porque es el que proporciona los recursos para la gestión y el reparto. Lo tenemos también muy próximo a nosotros; tanto que, a veces, más que rodear, aprieta o, más que envolver, asfixia. Es el Derecho de las finanzas y de los tributos. Ciertamente se trata de una normativa eminentemente próxima a todos. A la Hacienda Pública se la soporta; se la sufre, pero no se la adora. Un mimetismo maltusiano nos la definiría como un mal necesario. Igual que el colegio para los niños. Pero algo debe decirse, en orden a ello. Las reglas del reparto deben ser respetadas: son decisiones políticas votadas por todos. Pero los modos y maneras de su gestión son, en ocasiones, manifiestamente mejorables. La gestión de los tributos reitera clásicas deficiencias del actuar de la Administración pública; después de todo, forma parte

de ella. Y tiene las suyas propias, entre otras, un automatismo sancionador poco concorde con la sociedad garantista en la que se mueve.

Y, ¿qué decir de la proximidad de las normas que regulan las relaciones con nuestros empleadores privados, empresas y patronos? Como mínimo puede decirse de ellas que están presentes en al menos un tercio de nuestras vidas, desde que comenzamos nuestra actividad laboral hasta que nos despedimos de ella al llegar a la jubilación; en la salud y en la enfermedad, casi, casi como el Derecho que disciplina el matrimonio, situación, por cierto, mucho menos estable e indisoluble que la laboral, al menos hasta el advenimiento de la crisis. Porque incluso tras el jubiloso retiro, el sistema de prestaciones sociales va a seguir permitiéndonos, a través de las pensiones, atender las necesidades más básicas de la persona; a veces, es cierto, con un carácter también excesivamente básico.

Ciertamente hay más ramas del Derecho que esclarecen, enriquecen o complementan las que he seleccionado para vosotros. No puede desconocerse la importancia de la historia en la formación del Derecho y de sus categorías y conceptos; ni negar la del pensamiento, en la creación de la reflexión, del concepto y del sistema. Gracias al Derecho de los comerciantes ha aumentado exponencialmente la calidad y cantidad de los bienes y servicios de que podemos disfrutar. Y las relaciones entre Estados o el Derecho de los extranjeros facilitan la circulación y el establecimiento nuestro en otras comunidades y de otros en la nuestra. Todos estos sectores constituyen una argamasa esencial del sistema. Acaso sean menos visibles, mas no por ello dejan de ser importantes.

4. Pero hay una rama cercana a nosotros por excelencia; por antonomasia. Es aquella que se centra en la persona, sólo por el hecho de ser persona, la que organiza las relaciones entre las personas sin ninguna etiqueta: ni como administrados, ni como empleados, ni como enjuiciados, ni como contribuyentes. Es aquella que mantiene convencionalmente el nombre de Derecho civil, que le dieron los romanos, aunque con una acepción decisivamente más amplia, más acorde a los tiempos actuales. Porque ya no es el Derecho de unos privilegiados, los cives, los ciudadanos romanos; es un Derecho universal, que, como acabo de decir, se aplica a todos, virtualizando así primariamente muchos principios constitucionales.

Podrá pensarse que, con lo que acaba de decirse, un civilista arrima el ascua a su sardina. Es posible; pero entiendo que hay buenas razones para ello, como a continuación expondré.

Más que envolvernos; más que rodearnos, el Derecho que llamamos civil nos arropa; casi, casi nos acuna. Porque nos cuida y se ocupa de nosotros desde antes de que nazcamos y hasta después de que muramos. “El concebido –dice el art. 29 del Código civil– se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”. Y, más adelante, añade en su art. 667: “El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento”. No son éstas reglas vacías de contenido: dan juego, mucho juego, en la realidad. La aplicación de la primera ocasionó que el hijo póstumo de un varón asesinado en un pueblo de Mallorca junto con su otro hijo no hace demasiados años naciese rico, mientras su madre, la viuda, no heredaba nada. No pudo determinarse cual de los dos fallecidos lo había hecho antes y se aplicó la llamada presunción de comoriencia, que prevé el art. 33 del Código civil, una regla con dos mil años de vida, que impide la transmisión de derechos entre los fallecidos, lo que canalizó toda la herencia del padre hacia el hijo aun no nacido. Y otro caso más, también real, también reciente. El respeto a la voluntad de un delicioso y rico testador menorquín, que había olvidado o despreciado a unos parientes no legitimarios, condujo su herencia hacia numerosos miembros de la familia real. Es forzoso reconocer que el acatamiento a la voluntad del testador, la reina soberana que rige la sucesión, en palabras del Tribunal Supremo, en ocasiones, conduce a resultados no queridos ni buscados. Hay testadores, en efecto, que parecen querer reinar después de morir. Unos, porque en sus testamentos montan tal galimatías ininteligible, que el único efecto del mismo es la guerra a muerte producida entre los sucesores a raíz del mismo; otros, porque establecen en sus cláusulas tal cantidad de condiciones y cargas y tan complejas que, más que una herencia, lo que imponen a sus sufridos sucesores, son unas horcas caudinas, que les sojuzgan

a veces durante mucho tiempo. Y, sin embargo, se salen con la suya: su voluntad les sobrevive y es tenazmente protegida por los tribunales.

El Derecho llamado civil ordena asimismo el intercambio de bienes y de servicios entre los particulares, la contratación. No entre los comerciantes; no cuando interviene la Administración; tampoco cuando se trata de una relación de trabajo. Y lo hace en base a tres reglas tan esenciales como simples: la libertad de pacto, el respeto a la palabra dada, aunque no esté escrita, y la igualdad de las partes. Por eso, cuando la igualdad quiebra –pensemos en un particular que contrata con una gran empresa– el Derecho civil trata de reequilibrar la situación, tratando desigualmente a los desiguales, que en esto consiste el principio de igualdad. Y así, considera consumidor o usuario a ese particular y le protege de una manera especial, con leyes e interpretaciones de leyes beneficiosas para él, facilitando la prueba de sus exigencias dentro de un proceso o presumiendo que quien le ha dañado ha actuado con culpa. Ha habido casos simpáticos o entrañables, resueltos por los tribunales, que merecen ser narrados. Por ejemplo, la historia de unos jubilados de Badajoz que adquirieron un viaje combinado hasta China, en el que se incluía expresamente la asistencia en China de un guía que hablase español. El guía no apareció ni un solo día y los pobres jubilados permanecieron confinados en el hotel todos los días del viaje porque, según dijeron en el juicio, allí había buffet y al menos sabían lo que comían. La agencia de viajes española opuso que ella no era responsable, porque había subcontratado el servicio con una empresa china y a ella era a quien debía demandarse. La oposición fue infructuosa. El tribunal, la Audiencia provincial de Badajoz, condenó a la agencia de viajes española a indemnizar por daño moral a todos los viajeros con un importe igual al precio del viaje. O aquel otro caso –uno entre muchos otros iguales o muy parecidos– en que las maletas de una pareja en viaje de novios hicieron tenazmente el mismo recorrido que sus dueños..., sólo que cuarenta y ocho horas después que éstos. Daño moral de nuevo, porque, como dijo el tribunal, esta vez la Audiencia provincial de Lérida, la luna de miel es un viaje especial, que tiene lugar una vez en la vida, aunque previsoriamente la sentencia añadió “al menos, así era antes”.

Los ejemplos podrían multiplicarse, pero conviene seguir avanzando.

El Derecho civil organiza también la atribución de las cosas a las personas, para que éstas las aprovechen, las usen y las disfruten. Desde luego, responde con ello a un anhelo prácticamente universal. Basta observar el vocabulario incipiente de un niño de pocos años. Sus tres primeras palabras son “mamá”, “papá” y “¡¡¡no!!!”. Eso es sabido. Lo que quizá no sea tan sabido es que la cuarta es ¡MÍO! Toda una afirmación del monopolio excluyente del uso y del disfrute de una cosa; de la propiedad, en fin. Realmente, el Derecho de cosas es un excelente muestrario de la proximidad del Derecho civil a las personas que detentan y usan las cosas. Uno de sus puntos capitales es que nadie se tome la justicia por su mano, regla que prolonga para este concreto ámbito jurídico otra más general, la que prohíbe la realización arbitraria del propio derecho. La regla se hace efectiva mediante el mantenimiento del statu quo preexistente, es decir, dejando las cosas como estaban lo que hace decisiva la apariencia que socialmente crea el contacto directo con esas cosas. Es lo que se denomina posesión. Un concepto ambiguo, nada fácil de entender, producto una vez más de la sutileza jurídica de los romanos. Pero los niños también lo tienen muy claro. Sólo hay que recordar la frecuentísima situación en la que un niño pequeño –basta unos tres años– es privado por otro del juguete que tenía. El drama está servido: llantos, gritos, peleas y, al final, la necesaria intervención del adulto pacificador. El niño usurpador se defiende, protegiendo el juguete: “¡Es que es mío!”; y el otro, también: “¡Pero lo tenía yo!”. Finísima intuición posesoria, que obliga al adulto pacificador a reintegrar el juguete a quien lo tenía –mantener la situación anterior; respetar la apariencia– e investigar luego quien tiene mejor derecho a utilizarlo en lo sucesivo.

Puede parecer mentira, pero la disciplina del Derecho de cosas parece prestarse especialmente a ejercicios imaginativos o a juegos de picaresca, algunos de los cuales es imposible sustraerse a contarlos aquí. De este primero puedo dar fe por conocimiento directo y personal. En numerosas escrituras notariales de finales del XIX y principios del XX la descripción de las fincas costeras de la Galicia occidental concluían

con la siguiente o parecida fórmula: La finca “linda, por el oeste, con América del Norte, mar por medio”; o, en otros casos, “océano Atlántico mediante”, si el notario autorizante era más puntilloso o más culto.

El segundo es más nebuloso y se predica de Montero Ríos, notable jurista y activo participante en la confección del Código civil. Pues bien; se cuenta que un buen día fue a verle a su despacho de la capital –creo que era Santiago– un paisano gallego con la siguiente consulta:

–Sr. Xosé, o meu veciño ten unha árbore e as súas raíces asoman polo chan da miña leira e non me deixan traballala. (Dn. José, mi vecino tiene un árbol, cuyas raíces entran en mi finca y no dejan trabajarla).

Montero Ríos le dio la respuesta correcta:

–Puedes cortarlas tú mismo. Lo permite el art. 592 del Código civil.

–Mais, Sr. Xosé, si eu as curto, a árbore cáese (Pero, Dn. José, si las corto, el árbol se cae).

–No importa. El Código civil te lo permite. La ley te ampara.

–E, Sr. Xosé, podería facerme unha notiña con isto que me di? Para mellor comprendelo. Eu non teño moitas luces... (Y, Dn. José, ¿podría hacer me una notita con esto. Para entenderlo mejor. No tengo muchas luces...).

El ilustre abogado así lo hizo en un trozo de papel, que entregó al paisano. Y, cuando aquel sábado fue a su casa de campo en el pueblo, pudo contemplar horrorizado su mejor carballo casi centenario abatido, pero no por un rayo, sino por un informe firmado por él mismo.

El Derecho que llamamos civil también regula el matrimonio, institución que se resiste a caer en desuso, pero que va siendo sustituida de forma paulatina e inmisericorde por la llamada pareja de hecho, fenómeno que merece una cierta reflexión. ¿El matrimonio con papeles reemplazado por el matrimonio sin papeles? No del todo. Se da el caso de que existe más de una docena de leyes autonómicas que reglamentan la pareja de hecho, incurriendo en una paradójica contradicción, porque tal pareja en cuanto es sometida a una ley deja de ser “de hecho” y pasa a ser pareja de Derecho. Acaso por eso, la mayor parte de las leyes las denominan ya “parejas estables”. Se da el caso también de que estas leyes suelen exigir tal cantidad de requisitos que muchas parejas quedan fuera de ellas, de modo y manera que carecerían de toda cobertura legislativa, como antes de la eclosión de leyes, y serían parejas de hecho “de hecho”; como el café-café. Y se da el caso, finalmente, de que se han cuestionado postulados esenciales de la relación interpersonal, como el sexo o, mejor, la heterosexualidad, pero ninguna ley se ha atrevido con el número –a pesar de la tradición histórica española–, razón por la que una alegre y osada “parella de tres”, dos chicas y un varón, no pudo inscribirse en un Registro municipal de parejas de hecho. Esto ocurrió en Galicia, en Cambre, concretamente, un municipio muy próximo a La Coruña.

El anecdotario podría proseguir. Pero la anécdota no debe cerrar el paso a la categoría. Y la categoría es que es la relación entre personas –mujeres y hombres y sólo por ser hombres y mujeres– la que, en este punto, ocupa y preocupa al Derecho civil. Por eso lo vemos tan cercano; por eso lo vemos tan próximo.

5. Pero el Derecho civil va aun más allá. En él se contienen una serie de resortes, de validez general, es decir, aplicables en todas las demás ramas jurídicas. Por eso se le llama Derecho general, porque en caso de duda o laguna jurídica –los casos que carecen de solución legalmente prevista– se acude a él. Los romanos ya decían: “summum ius, summa iniuria”. Eran bien conscientes de que la aplicación rígida, automática, matemática, del Derecho le aleja de su objetivo máximo, la justicia, aunque siglos después, esta rigidez casi tiránica sirviera para salvar la vida de Antonio, el mercader de Venecia. Pero para entonces, el Derecho

llamado civil ya había generado o acogido variados correctores del pernicioso automatismo jurídico. La buena fe, la equidad, la analogía o la proscripción de los actos de emulación, antecedente directo de la prohibición del abuso del Derecho. También la jurisprudencia se ha convertido en un elemento decisivo para el proceso de adaptación y aplicación del Derecho al caso concreto. A ello se orienta, en efecto, la función de la jurisprudencia, de las decisiones de los tribunales: a complementar, interpretar, flexibilizar y, sobre todo, actualizar la ley, adecuando su contenido al tiempo y realidad social en los que se aplica. Esto es así porque la ley, por muy perfecta que sea —y las modernas están bastante lejos de ser perfectas—, no pasa de ser una foto fija de la realidad que pretende regular, fotografía que cinco minutos después de su promulgación queda inevitablemente desfasada.

Por eso, para que este Derecho más próximo a nosotros, el que lo es y lo ha sido, siga siéndolo, las leyes deben estar bien hechas. El hacedor de leyes debe ser consciente de que su poder no es ilimitado, aunque nos guste la palabra soberanía. Y debe ajustarse, él también, a unas reglas en su oficio de legislar. La primera, el uso correcto del lenguaje. Una ley clara siempre es más próxima que una ley ininteligible. Cuenta, además, para ello con la ventaja de que el Derecho carece de léxico propio: utiliza el lenguaje común, aunque conserve arcaísmos, pero le cuesta admitir neologismos; hasta que llegaron las TICs. Sin embargo, es tanta su importancia que —como dijo Hernández Gil hace algún tiempo— el lenguaje es para el Derecho algo más que un valor estético; es un valor moral. La segunda regla es que la ley debe limitarse a organizar lo necesario, desde un sano minimalismo, sin apretar, sin asfixiar. Los ámbitos de libertad sólo deben reducirse por razones sobradamente justificadas; nunca por modas, tendencias o frivolidades. La tercera regla es más de fondo. El de Aquino definió la ley de manera perdurable como *ordinatio rationis ad bonum commune*. Estas dos notas constituyen a la vez límites y fines del oficio de legislar. Límites, para proscribir la ley irracional o la contraria al bien común. Fines, porque la razonabilidad de la ley y la consecución del bien común deben ser algo más que unos meros desiderata utópicos; al contrario, deben constituir un objetivo al que no hay simplemente que tender, sino que hay que conseguir.

Y finalmente, una última reflexión antes de concluir esta secuencia de pensamientos.

El legislador no debe perder de vista estas reglas y estas notas. Debe tenerlas muy presentes, colocarlas bien visibles en su cuaderno de bitácora para que sean su guía a lo largo del proceso de fabricación de la ley, como una buena brújula, como la estrella polar. Sólo así podrá conseguirse que el Derecho que aun nos rodea y nos envuelve no se transforme también en algo cada vez más lejano, cada vez más incomprensible, cada vez más inexplicable, cada vez más brumoso...

DE NUEVO SOBRE EL NOMBRE PROPIO.

Doctor Rafael Linares Noci
Profesor Titular de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de
Universidad de Córdoba

Fecha de recepción: 26 de septiembre 2012

Fecha de aceptación: 10 de octubre 2012

SUMARIO: I. EL NOMBRE COMO OBJETO DE INSCRIPCIÓN. II.1 DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL NOMBRE. 2. DE LAS POSIBLES ANOMALÍAS EN LA ATRIBUCIÓN DEL NOMBRE. III. PROHIBICIONES RESPECTO DEL NOMBRE. 1. CONTRARIO AL DECORO: SU ALCANCE. 2. CONFUSA LA IDENTIFICACIÓN. 2.1. EL NOMBRE DE LOS HERMANOS: DOS NOMBRES SIMPLES. 3. EL ERROR EN CUANTO AL SEXO: TRANSEXUALIDAD E INTERSEXUALIDAD. IV. SOBRE EL CAMBIO DE NOMBRE: JUSTA CAUSA Y NO PERJUICIO DE TERCERO.

RESUMEN: En este estudio se analiza quienes son los sujetos que se encuentran legitimados para la atribución del nombre propio al recién nacido; algunas de las anomalías que pueden darse en dicha atribución, como las que pueden derivarse, por ejemplo, del hecho de que el declarante desconozca cual es el nombre que los padres han impuesto al recién nacido; así como, se analizan las prohibiciones que según la ley han de tenerse en cuenta para la atribución del nombre propio y que van desde que el mismo no sea contrario al decoro, pasando por la que no haga confusa la identificación o la que induzca a error en cuanto al sexo de la persona. Finalmente se estudia el cambio de nombre teniendo en cuenta que éste debe fundamentarse en una justa causa y no causar el perjuicio de tercero.

ABSTRACT: This study examines who are the subjects legitimized to attribute the name to the newborn; some of the anomalies that may arise in this attribution, such as those derived from the fact that the deponent may not know which is the name assigned by the parents to the newborn; and also, the prohibitions that, according to the law, have to be taken into account in order to attribute the name, and which go from the fact that it must not go against decorum to the fact that it must not make identification confusing nor should it lead to error as regards the sex of the person. Finally the research studies the change of the name bearing in mind that it must be based on a just cause without bringing prejudice to thirds.

PALABRAS CLAVE: Atribución del nombre al nacido. Legitimados.. Declarantes. Anomalías. Prohibiciones. Cambio.

KEY WORDS: Name attribution to the newborn. Legitimated. Deponent. Anomalies. Prohibitions. Change.

* (Las consideraciones que ahora se formulan constituyen una nueva aportación, y por tanto un complemento, a mi trabajo monográfico que, sobre el nombre propio, aparece en la obra colectiva "Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia T. I -Parte Sustantiva- que, bajo la dirección de los profesores FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE y ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ, y la coordinación del profesor OSCAR MONJE BALMASEDA, publicó la editorial Dykinson, s.l.).

I.- EL NOMBRE COMO OBJETO DE INSCRIPCIÓN.

Al margen de las consideraciones, sobre el nombre propio, ya vistas en mi trabajo de referencia¹, si nos detenemos algo más en la regulación legal de la materia, nos encontramos en primer lugar con lo dispuesto en el art. 53 de la Ley del Registro Civil (L.R.C.) donde se establece: “Las personas son designadas por su nombre y..., que la Ley ampara frente a todos.” Si bien esa perspectiva inicial puede completarse si, lo dispuesto en dicho artículo, se pone en relación con lo que a su vez establecen los arts. 1 y 2 de la misma Ley.

Según el primero de estos: “En el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la Ley.

Constituyen, por tanto, su objeto:

3º. El nombre y apellidos.”

Y el segundo (el art. 2 de la L.R.C.) de ellos establece: “El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Solo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba;...”

De acuerdo con ese panorama normativo resultan evidentes, al menos, dos cosas, que el nombre en sentido estricto (al igual que los apellidos) constituye un hecho que deberá ser objeto de inscripción en el Registro Civil (“se inscribirán” dice el texto del art. 1 de la L.R.C., utilizando una expresión claramente imperativa) y que una vez inscrito será esta inscripción la que constituya la prueba, prácticamente exclusiva, salvo en contadas excepciones, de ese hecho (en éste caso el nombre atribuido al nacido) inscrito.

Todo lo cual revela, sin ningún género de dudas, la trascendencia que para la persona tiene el nombre con el que haya sido inscrita en el Registro Civil.

De otro lado, en la redacción que presenta el otro artículo indicado (el 53 de la L.R.C.) llama la atención la proposición con la que se inicia: “Las personas son designadas por su nombre...”, y en particular dentro de la misma la palabra “son”, por cuanto, con ella, parece que el legislador ha querido dejar claro que debe entenderse que la persona tiene un nombre desde el instante mismo de su nacimiento aunque, el que sea, le haya sido impuesto, por quien corresponda, en el momento de su correspondiente inscripción de nacimiento. Digo esto porque, a diferencia de la expresión que se utiliza en el art. 1 de la L.R.C. con carácter general, para referirse a todos los hechos inscribibles: “se inscribirán” con la que parece darse a entender que esos hechos inscribibles pudiesen tener una existencia previa, al margen de la propia inscripción registral de la que son objeto (como así ocurre, por ejemplo, con el nacimiento, el matrimonio o la defunción), en el caso del art. 53 de la L. R. C., cuando se refiere en particular a la inscripción del nombre (y apellidos) la ley utiliza una expresión mucho más concisa y contundente. “las personas son designadas” (y no serán o, habrán de ser designadas por su nombre, como sería el caso si la persona pudiera tener una existencia previa sin tal nombre con el que finalmente resulta inscrita), con la que parece querer significar que, al utilizar el verbo en tiempo de presente: “son”, no cabe que la persona pueda, durante un periodo más o menos largo desde su nacimiento, existir sin un nombre y que, en todo caso, éste será el que le haya sido atribuido en el momento de su correspondiente inscripción, de modo que el nombre con el que la persona figura inscrita en el Registro Civil, se entiende, a todos los efectos, que es el que la misma tiene desde el instante de su nacimiento².

¹ LINARES NOCI, Rafael. *Nombre propio*, en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia. T. I. Parte Sustantiva*. Dir. LLEDÓ YAGÜE Y SÁNCHEZ SÁNCHEZ. Coord. MONJE BALMASEDA. Ed. Dykinson. Madrid, 2011, pp. 121 y ss.

² Esto que se acaba de decir, parece que está en la línea de lo dispuesto en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 –B.O.E. 31 diciembre 1990-) , cuando señala: “el niño...tendrá derecho desde que nace a un nombre”; en similares términos se expresa el art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

En definitiva si, de acuerdo con lo previsto en el art. 1 de la L.R.C., el nombre de la persona constituye un hecho que debe ser objeto de inscripción (“se inscribirán” dice éste art. 1 de la L.R.C.) y las personas son designadas por su nombre (y apellidos) según dispone el art 53 de la L.R.C., y a su vez el art. 2 de la L.R.C. señala que: “El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos”, todo parece indicar que en la persona solo se puede reconocer, durante toda su existencia (desde que nace hasta que muere) un único nombre, aquél que le haya sido atribuido con arreglo a lo previsto en la Ley y con el que aparezca inscrito en el Registro Civil. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad que se le ofrece a la persona para, en los supuestos y con los requisitos que la legislación en la materia establece, cambiar de nombre.

II. 1.- DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL NOMBRE.

Una de las cuestiones que cabe plantearse, en relación con el nombre propio de la persona, es la de determinar quién o quienes se encuentran legitimados, en nuestro ordenamiento, para la atribución o imposición del nombre a una persona, por cuanto en definitiva serán ellos quienes tengan que someterse a las normas que sobre los criterios de atribución de nombre propio se contienen en nuestra legislación.

De acuerdo con la premisa expuesta cabe detenerse, en primer lugar, en lo que dispone el párrafo primero del art. 54 de la L.R.C., que es del siguiente tenor literal: “En la inscripción se expresará el nombre que se da al nacido, si bien no podrá consignarse más de un nombre compuesto, ni más de dos simples.”

La lectura de éste párrafo 1º, del art. 54 de la L.R.C., transcrito no parece hacer referencia alguna a la persona o personas que pueden atribuir o imponer un nombre propio a otra; no obstante esa impresión inicial se desvirtúa si se pone en relación, lo que en él se dice, con lo que, de un lado establece el art.193 del Reglamento del Registro Civil (R.R.C.), en cuyo párrafo primero se puede leer: “El Encargado hará constar en la inscripción de nacimiento el nombre impuesto por los padres o guardadores, según lo manifestado por el declarante”, y de otro con lo que, a su vez, dispone el art. 43 de la L.R.C., en el que se expresa quienes “están obligados a promover la inscripción (se refiere a la de nacimiento) por la declaración correspondiente, entre los que se encuentran, entre las varias personas, en él indicadas, el padre y madre, se sobreentiende del recién nacido”³.

De modo que si se conecta lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 54 de la L.R.C.:”En la inscripción se expresará el nombre que se da al nacido,...”, con lo que a su vez establece, así mismo, el párrafo 1º del art. 193 del R.R.C.”El Encargado hará constar en la inscripción de nacimiento el nombre impuesto por los padres o guardadores, según lo manifestado por el declarante”, y éste a su vez se pone en relación con el art. 43 de la L.R.C. nos encontramos con que es el declarante, esto es, cualquiera de las personas relacionadas en éste art. 43 de la L.R.C. y que tiene la obligación de promover la inscripción (de nacimiento) quien al hacerlo debe expresar (art. 54. 1º de la L.R.C.) el nombre que se le da al nacido, con lo que parece que en principio puede entenderse que es este declarante quien impone el nombre al recién nacido, lo que de inmediato se advierte que no es así, por cuanto de acuerdo con el párrafo 1º del art. 193 del R.R.C. quien promueva la inscripción de nacimiento y en consecuencia actúe como declarante deberá expresar, no el nombre que a él le parezca debe darse al recién nacido, sino aquél (párrafo 1º art. 193 del R.R.C.) que le haya sido “impuesto por sus padres o guardadores.”

II. 2.- DE LAS POSIBLES ANOMALÍAS EN LA ATRIBUCIÓN DEL NOMBRE.

Luego resulta claro que, con independencia de quien sea la persona que promueva la inscripción de nacimiento, al nacido se le ha de imponer el nombre que le hayan atribuido sus padres

³ En efecto, el art. 43 de la L.R.C. se expresa en los siguientes términos: “Están obligados a promover la inscripción por la declaración correspondiente:

1º.El padre

2º.La madre.

3º.El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de verificarse.

4º.El jefe del establecimiento o cabeza de familia de la casa en que el nacimiento haya tenido lugar.

5ºRespecto de los recién nacidos abandonados la persona que los haya recogido.”

o guardadores, pero esto (párrafo 1º art. 193 del R.R.C.) según lo manifestado por el declarante. Lo cual puede dar lugar a que se presenten situaciones en las que exista una cierta anomalía o irregularidad, como pueden ser algunas de las siguientes:

1ª) Que el declarante desconozca el nombre que los padres han impuesto al recién nacido, en cuyo caso puede ocurrir:

a.- Que no exprese nombre alguno.

En tal caso, entrará en aplicación lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 193 del R.R.C., según el cual, al igual que si el nombre expresado resulta inadmisibles, el Encargado requerirá, debe entenderse a padres o guardadores⁴, para que estos atribuyan un nombre al recién nacido.

b.- Que el declarante, actuando por su cuenta, esto es sin consultar a padres o guardadores, atribuya un nombre al recién nacido, cuya inscripción de nacimiento promueve.

En tal caso, cabe entender, de conformidad con lo previsto en el art. 193 del R.R.C., que se ha incurrido en una infracción de la norma en la imposición del nombre, por cuanto del contenido del artículo citado se advierte que el nombre puede ser impuesto por los padres o guardadores en su caso y, en última instancia, por el propio Encargado del Registro Civil, pero no por el declarante que no sea ninguno de ellos que deberá atenerse al nombre impuesto por aquellos. En esos casos, si padres o guardadores no están conformes con el nombre impuesto al recién nacido, podría bastar una simple comparecencia de estos, ante el Encargado del Registro Civil, para proceder al cambio de nombre de acuerdo con la voluntad de los mismos y de ese modo dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 193 del R.R.C. Caso de no admitirse el cambio de nombre por vía de comparecencia el cauce a utilizar sería el expediente de cambio de nombre previsto en los arts. 57,1º de la L.R.C. y 205.1º de su reglamento.

Pero dadas las numerosas dudas doctrinales que se plantean, respecto de la calificación de la declaración unilateral de imposición de nombre por personas no legitimadas para ello, y al no ofrecer la ley una solución expresa, puede entenderse que la vía más adecuada será acudir al expediente de rectificación previsto en los arts. 95.2º de la L.R.C. y 297.3º de su reglamento.⁵

2ª) Que el declarante conozca el nombre que los padres o guardadores han atribuido al recién nacido pero, no obstante, éste le imponga uno distinto. Supuesto en el que, del mismo modo, puede entenderse de aplicación lo que se acaba de exponer.

3ª) Que el nacido, cuya inscripción de nacimiento se promueve, sea de padres desconocidos, en cuyo caso serán los guardadores⁶ quienes deban imponer un nombre a aquél, con independencia de que haya sido otra persona quien haya promovido aquella inscripción; lo que de ocurrir así efectivamente puede dar lugar a que se planteen situaciones similares a las antes descritas de no atribución de nombre propio alguno por el declarante, o que éste, actuando por su cuenta, le imponga el que le parezca, no consultando o desconociendo el deseo o voluntad al respecto de los guardadores, situaciones que de producirse encuentran respuestas iguales o similares a las entonces apuntadas.

4ª) Que los padres no se pongan de acuerdo en el nombre a atribuir al recién nacido y, no obstante esto, éste se inscriba con el impuesto por uno sólo de ellos (por lo general el padre).

⁴ Digo debe entenderse a padres o guardadores, porque aún cuando el citado artículo dice literalmente: "...el Encargado requerirá a las personas mencionadas en el párrafo anterior para que den nombre al nacido...", y en éste párrafo anterior se hace referencia a padres, guardadores y declarante, no obstante cabe entender por pura lógica que si la situación se plantea porque quien actúa como declarante no expresa nombre alguno, porque no siendo ninguno de aquellos (padres o guardadores) desconoce el nombre que le han impuesto estos, no tiene ningún sentido entenderlo, en tal caso, comprendido dentro de la expresión que emplea el párrafo 2º del art. 193 del R.R.C.; "requerirá a las personas mencionadas en el párrafo anterior para que den nombre al nacido."

⁵ Para más detalles sobre estos planteamientos ver: SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana. *Código del nombre (Doctrina, Legislación, Resoluciones de la D.G.R y N., Formularios)* Ed. Dykinson. Madrid, 2003, pp. 93 y ss.

⁶ Sobre el particular SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana. Op. cit. pag. 89, señala: "El actual artículo 193, en su párrafo primero, concreta la legitimación para la imposición del nombre propio o individual a los padres o guardadores, y podemos entender por estos a todas aquellas personas que, en la realidad cumplan las funciones sustitutorias de la institución de la patria potestad, tutela, guarda de hecho, acogimiento, etc."

Aquí hay que partir de la premisa de que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 156 del C.c., el derecho a imponer el nombre propio a los hijos constituye una de las facultades integradoras de la patria potestad que, como regla general, se ejercita conjuntamente por ambos progenitores, razón por la cual se presume que, cuando en el ejercicio de la misma actúa uno sólo de ellos, éste lo hace con el consentimiento tácito del otro.

En el caso de que los padres se encuentren separados, bien de hecho o judicialmente, o exista nulidad o divorcio, en definitiva falte la convivencia entre ellos, se entiende que quien ejerce la patria potestad será aquél de estos con quien el hijo conviva, de tal modo que de acuerdo con esto, y de existir aquella discrepancia en cuanto al nombre a atribuir a éste, debe prevalecer el elegido por aquél con quien el hijo conviva.⁷

III. PROHIBICIONES RESPECTO DEL NOMBRE.

1.- Contrario al decoro: su alcance.

De otro lado, como es sabido, nuestra legislación de Registro Civil fija unos criterios de atribución del nombre propio cuya regulación se contiene fundamentalmente en los arts. 54 de la L.R.C. en el que se establecen una serie de limitaciones o prohibiciones respecto del nombre propio, y 192, 196, 212, 213 y 219 del R.R.C.

Pues bien, si se hilvana lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 54 de la L.R.C., en el que aparece la prohibición relativa a “nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, con lo que a su vez dispone el párrafo 2 del art. 192 del R.R.C., en el que se dispone: “Se consideran que perjudican objetivamente a la persona los nombres propios que, por sí o en combinación con los apellidos, resultan contrarios al decoro”⁸, se advierte, respecto de la prohibición en cuestión, que en última instancia el criterio de referencia que debe tener presente el Encargado del Registro Civil, a los efectos de determinar con más o menos evidencia sobre si el nombre perjudica objetivamente a la persona o no, es el de que el nombre propio, por sí sólo o en combinación con los apellidos, resulte contrario al decoro, porque será en tal caso cuando la norma considera que se perjudica objetivamente a la persona y en consecuencia cuando debe jugar la prohibición; lo que a su vez significa que si el Encargado considera que el nombre perjudica objetivamente a la persona, pero no obstante no cabe entenderlo, o no lo entiende él, como contrario al decoro, no podrá hacer valer tal prohibición a los efectos de consignar en el Registro el nombre que se le atribuya al nacido. Dicho todo lo cual, se pone en evidencia que, aún cuando la norma lo pretende al formular la prohibición, su aplicación no depende en exclusiva de criterios objetivos, pues siempre habrá supuestos en los que el decidir si el nombre (por sí sólo o en unión de los apellidos) resulta o no contrario al decoro, dependerá de lo que a tal efecto entienda el Encargado del Registro Civil, que en su consecuencia tendrá que poner en aplicación lo dispuesto en el art. 3º. 1 del C.c.⁹

No obstante, pese a lo que acabo de decir, entiendo que aún cuando es verdad, como se ha dicho, que el párrafo 2º del art. 192 del R.R.C., a los efectos de considerar que un nombre perjudica objetivamente a la persona, se remite a que resulte contrario en particular al decoro, también es verdad que se trata de una norma reglamentaria y que la formulación que al respecto se hace en la Ley del Registro Civil, como es sabido en su art. 54.2, es mucho más general o abierta pues prohíbe, en términos generales, todos aquellos nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, lo que permite pensar que el Encargado del Registro Civil, podrá hacer valer tal prohibición cuando se trate de nombres que ocasionen ese perjuicio, aunque el mismo se deba no a que resulten contrarios al decoro, sino por razón de otro tipo de consideraciones que no tengan nada que ver con éste.

2.- Confusa la identificación

⁷ Para más detalles sobre los supuestos referidos en el texto así como sus soluciones ver: SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana. Op. cit. pp. 88 y ss.

⁸ En Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima primera edición. Madrid, 1992, se puede leer, voz: “decoro (Del lat. decorum) m. Honor, respeto, reverencia que se debe a una persona por su nacimiento o dignidad. || 2... || 3.... || 4. Honra, pundonor, estimación. || 5...”

⁹ Artículo 3º. 1 del C.c. cuya redacción es la siguiente: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, las antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

La segunda prohibición que contempla el párrafo 2º del art. 54 de la L.R.C., se refiere a aquellos nombres que hagan confusa la identificación (se sobreentiende de la persona). Prohibición ésta que resulta lógica si se piensa que la función principal que desempeña el nombre y los apellidos es la de conseguir, a través de ellos, la individualización e identificación de cada persona con respecto a las demás, si bien ésta afirmación puede completarse con dos razonamientos complementarios:

El primero, que el que resulten prohibidos los nombres que hagan confusa la identificación de la persona, significa que a ésta deben atribuírsele nombres propios en cuanto que estos son los que permiten distinguir a una persona de otra, o dicho desde otra perspectiva, que no cabe que a una persona se le atribuya como nombre, un nombre común por cuanto éste no permite su individualización ni su consiguiente identificación.¹⁰

El segundo, que no obstante lo dicho, no se puede olvidar que aún cuando a la persona se le imponga un nombre propio, este mismo nombre, como tal, también puede imponerse a otras personas, lo que revela que el nombre aún siendo propio, por sí solo puede que no resulte suficiente para la diferenciación e identificación de la persona que lo recibe respecto de otras, en particular de aquellas a las que se haya atribuido el mismo nombre propio, esto es que sean homónimos.¹¹

Planteamientos anteriores, respecto de la prohibición que nos ocupa, que se completan con lo dispuesto en el párrafo 3º del art. 54 de la L.R.C. según el cual: “No puede imponerse al nacido el nombre que ostente uno de sus hermanos, a no ser que hubiere fallecido, así como tampoco su traducción usual a otra lengua.”

2.1.- El nombre de los hermanos: dos nombres simples.

Ahora bien, lo que no dice la norma prevista en ese párrafo 3º del artículo citado es si cabe, o no, la posibilidad de que a varios hermanos (bien lo sean de doble vínculo –de padre y madre- o de vínculo sencillo –sólo de padre o sólo de madre-) a los que se atribuya como nombre propio dos nombres simples, puedan tener en común el mismo nombre simple primero o segundo de los dos nombres que conforman el nombre propio de cada uno de ellos (ejemplo Rafael Luis, Rafael Juan y Rafael Antonio, o bien Luis Rafael, Juan Rafael y Antonio Rafael).

En mi opinión la respuesta a tal posibilidad debe darse en sentido positivo y ello por las razones que a continuación se exponen:

1ª) La norma contenida en ese párrafo 3º del art. 54 de la L.R.C. nada dice sobre el particular, con lo que si se entiende, como así lo reconoce la mayoría de la doctrina y las resoluciones de la D.G.R. y N., que en materia de atribución de nombres nuestra legislación registral se basa en la idea de otorgar en principio la máxima libertad a quienes se encuentran legitimados para ello¹², parece,

¹⁰ Sobre esta cuestión ver voz: nombre, en Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima primera edición. Madrid, 1992, en donde se puede leer: “//común. Gram. El que se aplica a persona o cosas pertenecientes a conjunto de seres a los que conviene igualmente por poseer todos las mismas propiedades...//propio. Gram. El que se aplica a seres animados o inanimados para designarlos y diferenciarlos de otros de su misma clase, y que, por no evocar propiedades de dichos seres, puede imponerse a más de uno (Antonio, Toledo) incluso a seres de distinta clase (Marte).”

¹¹ Sobre el particular DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Temas de Derecho Civil*. Mavisal. A.G. Madrid, 1972, pag. 25, afirma: “el nombre es un bien personal no exclusivo, existen homónimos, ni esencial, con un claro matiz de bien social...”

¹² En esa línea se encuentran: DE CASTRO Y BRAVO, Federico Op. cit. pag 27, donde se puede leer: b) Requisitos del nombre propio.- La elección del nombre se deja al libre arbitrio de las personas con potestad para imponerlo (comp. Art. 154 c.c.); pero con una serie de limitaciones.”- PUIG I FERRIOL, Lluís y OTROS. *Manual de Derecho Civil. T. I. (Introducción y derecho de la persona)*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1995, pp. 336-337, en las que se dice: “El nombre, a diferencia de los apellidos, puede ser elegido libremente, siendo válidos nombres de fantasía y nombres de cualquier idioma (nombres en cualquiera de las lenguas españolas y nombres extranjeros) siempre que respeten las prohibiciones del art. 54 de la L.R.C.”- DE COSSIO MARTÍNEZ, Manuel y LEÓN-CASTRO ALONSO, José. *Derecho Civil Español (Parte General)*. Ed. Comares. Granada, 1998, pag. 369: “Libertad para la determinación del nombre casi absoluta, con ciertas limitaciones: no imponerse, en caso de nombres compuestos, más de dos nombres simples...limitaciones todas estas que deben entenderse en forma restrictiva pues regla general es libertad de elección del nombre.” -SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana. Op. cit. pp. 55 y ss. en las que se afirma: “La característica principal del régimen legal del elemento individualizador constituido por el nombre propio o individual frente a los apellidos, es la libre elección del mismo, a salvo las limitaciones impuestas por la Ley, que han sido de muy variado signo, como veremos a través del análisis de la evolución del precepto comentado.” Y más adelante, pp. 88 y ss.: “Examinados previamente los principios de libertad imperantes en la materia de imposición del nombre propio, así como las limitaciones a dicha libertad, interpretadas siempre con carácter restrictivo...” -BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *El nombre cuestión de detalle*. (BIB 2003\631) Ref. Aranzadi Civil núm. 5/2003 (Tribuna), donde se afirma: “Actualmente la R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

según esto, razonable entender que cabe admitir tal posibilidad de coincidencia, entre hermanos, en el primero o en el segundo de los nombres simples cuando el nombre propio de ellos esté formado por dos simples.

2ª) Que la propia Ley del Registro Civil, concretamente en el párrafo 1º de su art. 54, es la que permite que el nombre propio de una persona esté formado por dos nombres simples, con lo que si se reconoce esto, es decir que el nombre propio atribuido a una persona venga formado por dos nombres simples, se está reconociendo que en tales casos, el nombre propio de esa persona no es uno sólo de los nombres simples que se le han impuesto si no los dos nombres simples que sean en cada caso y, si esto es así, como parece lógico, en aquellos casos en que se produzca esa coincidencia (homonimia) bien sea entre solo los primeros (entre sí), o entre solo los segundos (entre sí) de los dos nombres simples atribuidos a varios hermanos a los que se ha impuesto un nombre formado por dos simples, su nombre propio no coincidirá con el de ninguno de sus hermanos, por lo que no cabe entender de aplicación la prohibición prevista en el párrafo 3º del citado art. 54 de la L.R.C., en el sentido de que “no puede imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos”, por la sencilla razón de que el nombre propio de cada uno de ellos no es sólo uno de los dos simples que le fueron atribuidos, sino el formado por los dos simples, con lo que entre ellos no se dará esa coincidencia en cuanto a su nombre propio, pues esa homonimia solo se da entre los primeros o los segundos nombres simples que recibieron y por tanto no en el nombre propio, formado por dos simples, atribuido a cada uno de ellos.

3.- El error en cuanto al sexo: transexualidad e intersexualidad.

El mismo párrafo 2º del art. 54 de la L.R.C. contiene una tercera prohibición que formula en los siguientes términos: “y los que induzcan a error en cuanto al sexo”. Con ello lo que la norma trata de evitar, en mi opinión, es que el nombre propio de una persona, por sí mismo, pueda determinar que los demás puedan incurrir en error no tanto sobre cual sea el sexo que desde el punto de vista de sus cromosomas le corresponde a la misma, sino sobre aquél con el que está inscrita en el Registro.

Ésta conexión entre el sexo que de la persona consta en su inscripción registral correspondiente (la de nacimiento) y la prohibición de nombres que induzcan a error en cuanto al sexo (contemplada en el art. 54. 2º “in fine” de la L.R.C.), merece, a mi modo de ver las cosas, alguna aclaración en el sentido de que aún cuando es verdad, como regla general, que el sexo que de una persona consta en su inscripción registral es aquél que a la misma le corresponde genéticamente, esto es el que tiene de acuerdo con sus cromosomas, también es verdad que existen supuestos en los que esa coincidencia entre el sexo de la persona, desde el punto de vista cromosómico (o genético) y el nombre propio atribuido a la misma, no se da, como ocurre en los supuestos de transexualidad de los que nos ocuparemos inmediatamente; con lo que parece evidente que la conexión entre la prohibición a la que se acaba de hacer referencia (la del art. 54.2º “in fine” de la L.R.C.), relativa al nombre de la persona, con el sexo que ésta tenga, debe hacerse atendiendo, no tanto al sexo que genéticamente le corresponda según tenga gónadas masculinas o femeninas, sino al sexo con el que conste inscrita en el Registro Civil, pues ésta será la referencia adecuada en todo caso, esto es, tanto si se trata, como si no, de supuesto de transexualidad, sobre todo si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 2 de la L.R.C. en relación con lo que a su vez dispone el art. 41 de esa misma ley¹³.

Lo que se acaba de afirmar se hace especialmente patente en los casos de transexualismo de los que su ocupa la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en la que no se exige, a los efectos del cambio de sexo que de la

redacción de los mencionados artículos (se refiere al 54 de la L.R.C. y 192 del R.R.C.) es mucho más permisiva...” “Con éste nuevo marco legal es lógico que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado haya cambiado sustancialmente a favor de una amplísima libertad de los progenitores con respecto a la determinación del nombre de sus hijos.”

¹³ En el primero de ellos se establece: “El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba: pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento.”

Y por su parte el art. 41, se expresa en los siguientes términos: “La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito.”

persona figure en el Registro Civil, que ésta se haya sometido a una operación quirúrgica de reasignación de sexo.

En efecto, la exposición de motivos de la citada ley señala que esta tiene por objeto. “regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponda con su verdadera identidad de género”; en definitiva cuando la persona no se identifica psicológicamente con el sexo, varón o mujer, que le corresponde genéticamente y con el que aparece inscrita. Si bien la ley contempla además el cambio de nombre propio para que éste no resulte discordante con el sexo reclamado.

En relación con lo expuesto nos encontramos con que la ley exige, para que se pueda acordar la rectificación registral de la mención del sexo, que la persona que lo solicita acredite:

- a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género, es decir, que la persona en cuestión padece una diferencia entre la identidad/rol de género de un lado y las características físicas de su cuerpo por otro, o lo que es lo mismo que su sexo psicológico no coincide con el genital. Acreditación del cumplimiento de dicho extremo que se realizará mediante informe del médico o psicólogo clínico, en el que se deberá hacer referencia, a cuestiones con las siguientes:
 - Existe disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial y que esta disonancia sea estable y persistente.
 - No existan trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de dicha disonancia.
- b) Que la persona, que solicita el cambio de sexo registral, haya sido tratada medicamente, durante al menos dos años, para acomodar sus características físicas a las que corresponden al sexo reclamado. Con la excepción de que la persona no haya podido seguir el tratamiento de referencia bien por razones de salud o de edad. Todo lo cual, esto es, la regla en cuanto a la exigencia de haber seguido el tratamiento o las excepciones a tal exigencia, deberá acreditarse mediante informe o certificación médica correspondiente.

Finalmente la propia ley dispone que, para obtener la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo, no resulta necesario que el tratamiento médico recibido por la persona haya incluido cirugía de reasignación sexual.

Lo dicho debe ponerse a su vez tanto en conexión con lo previsto en el art. 1 de la citada ley 3/2007, de 15 de marzo, en el que se establece que la rectificación del sexo conllevará el cambio de nombre propio de la persona, a los efectos de que no exista discordancia entre este y su sexo registral, como con lo previsto en el art. 2 de esa misma ley en donde se señala que en la solicitud de rectificación registra (relativa al sexo de la persona) debe incluirse la elección de un nuevo nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostentaba anteriormente y este no sea contrario a los requisitos establecidos en la Ley del Registro Civil, es decir, por lo que ahora nos importa, que ese nombre propio que quiere conservar la persona, que obtenga el cambio de sexo registral solicitado, no vulnere la prohibición a la que se refiere el art. 54. 2º “in fine” de la LR.C., es decir que no sea de los que induzcan a error en cuanto al nuevo sexo registral reconocido a la persona¹⁴.

¹⁴ Para más detalles sobre lo expuesto ver arts. 1, 2 y 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo. Resultan ilustrativos sobre la materia el artículo de SALAS CARCELLEER, Antonio (Magistrado del Tribunal Supremo). *La llamada disforia de género en la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo*. (Ref. Aranzadi BIB 2008\2583); así como la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 732\2008 de 17 de julio. (Ponente AUGER LIÑAN) (Ref. Aranzadi RJ\2008\4383). En cuyo FUNDAMENTO DE DERECHO. PRIMERO, se puede leer: “En el estado de cosas existente al tiempo de interposición de la demanda, y con la jurisprudencia existente en esta Sala, a su vez inspirada en la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cambio de sexo que figura en el Registro Civil sólo se admitía cuando el solicitante cumplía con el requisito de haber sido sometido a una operación quirúrgica de reasignación de sexo, adaptando sus órganos genitales a los propios del sexo reclamado.

Cuestión distinta, en principio, a la transexualidad es la de la intersexualidad (o hermafroditismo) que se da, si bien con carácter muy excepcional, cuando la persona presenta de forma simultánea características sexuales masculinas y femeninas en grados variables, aunque esta apariencia externa de los genitales de la persona no supone un verdadero hermafroditismo de la misma, por cuanto sus gónadas (glándula sexual masculina o femenina) pertenecen a un solo sexo¹⁵.

Casos de intersexualidad en los que parece lógico, al menos en mi opinión, que la persona sea inscrita en el Registro Civil con el sexo que a la misma le corresponda en razón de las gónadas de las que sea portadora, con independencia de que externamente presente caracteres sexuales masculinos o femeninos; fijación del sexo de la persona, de acuerdo con sus cromosomas, que habrá de determinarse, en tales casos de intersexualidad, especialmente a través del análisis clínico correspondiente que, cabe entender se habrá practicado a solicitud del médico, comadrona o ayudante técnico sanitario que haya asistido al nacimiento; profesionales estos que, como se sabe, de acuerdo con lo previsto en el art. 44 de la L.R.C., vienen obligados a “dar inmediatamente parte por escrito del mismo (del nacimiento al que han asistido) al encargado del Registro, el cual al practicar la inscripción de nacimiento estará dando fe, entre otros extremos a que se refiere el art. 41 de la L.R.C., del sexo de la persona, que por lo tanto debe venir indicado, como parece lógico, en el parte escrito que, aquellos profesionales sanitarios, deben remitir al encargado del Registro Civil.

Todo ello, claro está, sin perjuicio que si la persona con intersexualidad, una vez alcanzada la mayoría de edad y contando con la capacidad suficiente para ello, si no se siente identificada con el sexo con el que aparece inicialmente inscrita en el Registro (en definitiva, la inicial asignación registral de su sexo resulta contradictoria con su identidad de género) puede solicitar la rectificación registral de la mención registral del sexo, de acuerdo con la regulación que contiene la ley 3/2007, de 15 de marzo (reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas) para el caso de las personas transexuales; rectificación, en cuanto al sexo registral de la persona, que de

Sin embargo, la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, ha venido a cambiar el estado de la cuestión, puesto que la cirugía de reasignación sexual ya no se erigen en requisito para la rectificación registral de la mención del sexo (art. 4.2). Tras dicha modificación legislativa, por esta Sala, reunida en Pleno, se ha dictado Sentencia de fecha 12 de septiembre de 2007, en la que la propia parte actoral, recurrente en casación es precisamente la misma que en el presente recurso (Don Francisco, que solicitaba el cambio registral del sexo de varón a mujer, y para a llamarse María Ángeles). En dicha Sentencia, tras el estudio pormenorizado de dicha Ley 3/2007, de los derechos constitucionales esgrimidos, de nuestra anterior jurisprudencia y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del derecho comparado, y de la situación de derecho transitoria creada en casos de solicitud anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 3/2007, se alcanzó la conclusión de que la Sentencia que se impugnaba debía ser casada, por resultar contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad, recogido en el art. 10.1 de la Constitución Española, y que la demandante cumplía sustancialmente los requisitos que la Ley 3/2007 establece para hacer procedente la rectificación registral, sin ser ya precisa la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, entendiendo viable desde la perspectiva del derecho transitorio, la petición de cambio de sexo y nombre, y, por consiguiente, fallando haber lugar a la rectificación del nombre y del sexo solicitada por la parte actora, en el sentido de que pase a llamarse María Ángeles, y conste como sexo el de mujer, procediendo a su inscripción en el Registro Civil en tal sentido, con rectificación de las inscripciones anteriores.

Por otra parte, resulta evidente que en la Ley de Registro Civil, tanto en la redacción vigente al tiempo de la interposición de la demanda, como en la vigente al dictarse la presente resolución, no cabe proceder a una rectificación de nombre propio, que sea característico del sexo registral del solicitante, sin antes haber pedido y obtenido la oportuna rectificación de la mención registral sobre el sexo, sometida ahora a unos específicos requisitos en el art. 4 de la Ley 3/2007. La voluntad del legislador es clara, y no resulta contraria a la Constitución, resultando significativo que el segundo párrafo del artículo 54 de la Ley del Registro Civil haya recibido nueva redacción a través de la Disposición Final Segunda, apartado tres, de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, manteniendo la prohibición de inscribir nombres que hagan confusa la identificación o induzcan a error en cuanto al sexo, al establecer lo siguiente: “Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo”. La Constitución Española no contempla la existencia de otros sexos que los correspondientes a varón y mujer (así el art. 32), y el que el artículo 54 de la Ley del Registro Civil prohíba la inscripción de nombres que dificulten la identificación o induzcan a error en cuanto al sexo no es sino consecuencia de la aplicación del principio de concordancia entre los asientos del Registro con la realidad jurídica. Es por ello que para la rectificación del nombre en el Registro Civil es previamente necesaria la de la mención del sexo, pues inscribir un nombre a favor de persona que figura registralmente con sexo opuesto al que resulta característico de tal nombre dificultaría la identificación e induciría a confusión.”

¹⁵ En ese sentido conviene tener en cuenta que cierto sector de la doctrina mantiene, en términos generales, lo siguiente: Un hermafroditismo auténtico es inviable en la especie humana: los varios casos naturalmente producidos afectan, o sólo a la apariencia externa, en que un individuo por anomalías funcionales puede aparentemente desarrollar un pene y una vagina a la vez, pero sus gónadas, o son masculinas o son femenina, o bien, pueden en efecto desarrollar dos tipos de gónadas (ovarios y testículos) pero no pueden ser efectivas a la vez para la reproducción. En el primer caso, desde un punto de vista genético o cromosómico, o sería varón, o sería mujer, y sus células reproductoras o serían espermatozoides o bien óvulos.

concederse, como ya sabemos, comportará también cambio en su nombre propio para que éste, si es el caso, no resulte discordante con aquél¹⁶

IV.- SOBRE EL CAMBIO DE NOMBRE: JUSTA CAUSA Y NO PERJUICIO DE TERCERO.

Los criterios de atribución del nombre propio se completan con la regulación relativa a la modificación del mismo, que aparece prevista en el art. 54, párrafo 4º y 57 de la .L.R.C. .Artículo éste último cuya redacción da lugar a que se de una paradoja, en sede de rango normativo, por cuanto mientras que la ley (art. 57 de la L.R.C.) al regular esta materia y referirse al cambio de nombre, solo señala que el Ministerio de Justicia puede autorizarlo con sólo la instrucción, en forma reglamentaria, de un previo expediente, sin exigir ningún otro requisito añadido, el reglamento al ocuparse de esa misma materia dispone (art. 206 “in fine” del R.R.C.) que el cambio de nombre está sujeto a los requisitos de justa causa y que no perjudique a tercero, que no exige la norma de rango superior (la Ley del Registro Civil).¹⁷

Al respecto se ha llegado a mantener lo siguiente: “No obstante, en relación con los supuestos de cambio de nombre propio competencia del Ministerio de Justicia, el artículo 206, final, Reglamento del Registro Civil, introduce por vía reglamentaria la exigencia de concurrencia de los requisitos de justa causa y no perjuicio de terceros. Esta exigencia no parece que sea extensiva a los supuestos de cambio de apellidos competencia del Ministerio, ni a los cambios de nombre y apellidos competencia del Gobierno. Sin embargo, la doctrina considera que el requisito de la justa causa va implícito en los supuestos de los artículos 57.1º y 58.1º de la L.R.C., ya que la propia situación de hecho de uso habitual de los apellidos en la forma propuesta o los graves inconvenientes derivados de un determinado apellido, supone en sí misma, a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso, motivos razonables para justificar la solicitud y concesión del cambio propuesto.

El requisito de la justa causa se viene considerando por la Dirección General como común a los expedientes de cambio de nombre propio de la competencia general del Ministerio de Justicia, y a los expedientes competencia del Encargado del Registro Civil, en cuyo último caso viene funcionando como un “plus” añadido a los restantes requisitos exigidos en el artículo 59 de la L.R.C., para cada uno de los supuestos de cambio que se regulan, y que no se deduce, sin más, de la sola existencia de estos. En los supuestos de cambio de nombre propio competencia del Ministerio, que no aparecen vinculados a la concurrencia de ningún otro requisito, se considera por la doctrina que la apreciación del requisito de justa causa será siempre discrecional, ya que el Ministerio siempre podrá apreciar la oportunidad o conveniencia del cambio solicitado”¹⁸

Del cambio de nombre también se ocupan los arts. 59 de la L.R.C. que se completa con el art. 60 de la misma ley cuya redacción sintoniza con lo dispuesto en el art. 206 del R.R.C. al exigir ambos que el cambio de nombre propio requiere justa causa y que no perjudique a terceros.

Este panorama normativo de los cambios de nombre que son competencia (puede autorizar previo expediente) del Juez de primera instancia (encargado del Registro Civil) que, así mismo, se ve completado con lo dispuesto en el art. 209 del R.R.C. que viene a reproducir, casi en su totalidad, el contenido del art. 59 de la L.R.C. Y con lo dispuesto en el art. 210 del mismo reglamento, si bien es verdad que el contenido de este no completa en nada el panorama normativo expuesto, porque como

¹⁶ En efecto, el art. 1 de la citada ley 3/2007, de 15 de marzo, establece: “1. Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.

La rectificación del sexo conllevará el cambio de nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral.

2. Así mismo, la persona interesada podrá incluir en la solicitud la petición del traslado total del folio registral.”

¹⁷ No obstante respecto de esta cuestión son numerosas las resoluciones de la D.G.R.y N, como es el caso de la de 19 de junio de 2001 (Ref. Aranzadi RJ\2001\8837), en la que esta se pronuncia en su FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO, en los siguientes términos: “Uno de los requisitos exigidos para el éxito de todo expediente de cambio de nombre propio, ya sea de la competencia del Encargado del Registro Civil del domicilio, ya corresponda a la competencia general del Ministerio de Justicia, es que exista una justa causa en la pretensión (cfr. Arts.60 L.R.C. y 2006, III y 210 R.R.C.). A estos efectos es doctrina constante de este Centro Directivo que la justa causa no concurre cuando la modificación, por su escasa entidad, ha de ser considerada objetivamente como mínima o intrascendente, porque ningún perjuicio real puede producirse en la identificación de una persona por el hecho, tan frecuente en la sociedad española actual, de que llegue a ser conocida, familiar o socialmente, con un apodo, contracción, deformación o pequeña variación de su nombre oficial.”

¹⁸ En los términos transcritos se expresa: SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana. Op. cit. pp. 156 y ss.
R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

se puede constatar el citado art. 210 no es sino una reproducción literal de lo que ya dispone el art. 60 de la L.R.C.

Pues bien, a la luz de los artículos antes expuestos, se pueden extraer consecuencia como las siguientes:

1ª) En una primera impresión parece que los referidos artículos se ocupan de supuestos en los que el cambio de nombre propio son de competencia del Juez de Primera Instancia Encargado del Registro del domicilio en que se encuentre el afectado.

Primera impresión que se desvirtúa en razón de lo que dispone el párrafo final del art. 209 del R.R.C. en el que se permite que, en todos estos casos, es decir, en todos aquellos que el propio encabezamiento del artículo dice que son competencia del Juez de Primera Instancia, Encargado del Registro, sea el Ministerio de Justicia el que puede autorizar directamente y sin limitación de plazo el cambio o conservación de nombres y apellidos.

Ahora bien, tanto si cualquiera de los cambios, que de nombre propio contempla el art. 209, se canaliza a través del Juez de Primera Instancia, Encargado del Registro Civil, o a través del Ministerio de Justicia, parece evidente que, en todo caso, para autorizar el cambio solicitado debe concurrir justa causa y que no exista perjuicio de tercero, por la sencilla razón de que el art. 210 del R.R.C. exige la concurrencia, en todo caso, de esos requisitos para autorizar cambios de nombre (y apellidos) a que se refiere el artículo anterior, esto es, el 209 del R.R.C.

2ª) Los supuestos que caen en la órbita de esa competencia que, como hemos visto, comparten el Juez de Primera Instancia, Encargado del Registro, y el Ministerio de Justicia, son:

- En primer lugar, cuando se trate de nombre impuesto con infracción de las normas establecidas en la materia (fundamentalmente art. 54 de la L.R.C. y 192 y ss. del R.R.C.), en cuyo caso, como es evidente, se perseguirá cambiar el nombre que infrinja la normativa en la materia por otro que se ajuste a la regulación existente sobre la misma.
- En segundo lugar, cuando se trate del cambio del nombre propio impuesto por el usado habitualmente.

Si bien aquí, ya se advierte, no coinciden en la descripción del supuesto de hecho el art. 59.4º de la L.R.C. que se refiere al cambio de nombre propio impuesto en el Registro por el impuesto canónicamente, cuando este fuere el usado habitualmente, con el art. 209.4º del R.R.C., que solo se refiere al cambio de nombre propio por el usado habitualmente. Fórmula esta no sólo mucho más amplia que la primera sino también más acomodada a lo dispuesto en el art. 16 de nuestra Constitución, en el que, como es sabido, se garantiza la libertad religiosa de los individuos así como el carácter aconfesional del Estado, lo que significa que la misma esté más acomodada a la realidad social y jurídica de nuestro país, al permitir el cambio de nombre propio por cualquier otro, que lógicamente cumpla con los requisitos legales en la materia, que sea usado habitualmente, sin circunscribir esta posibilidad, como ocurre en el caso del art. 49.4º de la L.R.C., a que ese otro nombre usado habitualmente, por el cual se cambia el nombre propio registral, sea exclusivamente el que se hubiera impuesto canónicamente, lo que resulta discriminatorio al permitir esa posibilidad de cambio de nombre sólo a quienes hayan sido bautizados canónicamente, pero no así a quienes no lo han sido por pertenecer o profesar una religión distinta de la católica, o a ninguna.¹⁹

- En tercer lugar, se hace referencia a la traducción del nombre extranjero (art. 59.5º de la L.R.C. y 209.5º del R.R.C.)

En este caso, no estamos ante un verdadero supuesto de cambio de nombre propio, por cuanto lo que se permite, en mi opinión, es que el nombre propio inicial, se sobreentiende en lengua

¹⁹ Ver en Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima primera edición. Madrid, 1994, voz: “canónicamente: adv. M, Conforme a reglas o cánones”; y la voz: “canon”: Del gr. Xanon, regla, modelo, a través del lat. Canon/m Regla o precepto. ||2.Decisión o regla establecida en algún concilio de la iglesia católica sobre el dogma o la disciplina. ||3. Catálogo de los libros tenidos por la Iglesia católica como auténticamente sagrados| |...”
R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013 ISSN: 2340-4647

extranjera, se sustituya no por cualquier otro nombre existente en cualquiera de las lenguas españolas, sino por la traducción que aquél tenga en cualquiera de estas, con lo que en el fondo estamos ante un supuesto similar al previsto en el párrafo 4 del art. 54 de la L.R.C.

BIBLIOGRAFIA.

Libros:

- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Temas de Derecho Civil*. Mavisal A.G. Madrid, 1972.
- DE COSSIO MARTÍNEZ, Manuel y LEÓN-CASTRO ALONSO, José. *Derecho Civil Español (Parte General)*. Editorial Comares. Granada, 1998.
- PUIG I FERRIOL, Lluís y otros. *Manual de Derecho Civil. T. I. (Introducción y derecho de la persona)*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1995.
- SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana. *Código del nombre. (Doctrina, Legislación, Resoluciones de la D.G.R. y N., Formularios)*. Editorial Dykinson. Madrid, 2003.

Artículos de Revistas.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *El nombre cuestión de detalle*. (BIB 2003\631). Ref. Aranzadi Civil núm. 5/2003 (Tribuna).
- SALAS CARCELLER, Antonio. (Magistrado del Tribunal Supremo). *La llamada disforia de género en la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo*. (Ref. Aranzadi BIB 2008\2583).

TYPES OF NOTARY IN COSTA RICA: INSTITUTIONAL NOTARY PROBLEMATIC ISSUES

Roxana Sanchez Boza
- Abogada en el Despacho Suarez y Sanchez.
Notaria Pública. Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Costa Rica y Universidad Latina -

Fecha de recepción: 18 de marzo de 2013

Fecha de aceptación: 18 de abril de 2013

SUMMARY: ANTECEDENTS. 1.- PUBLIC ANNOUNCEMENT, NOTARY CODE, 1998. 2.- BIRTH OF NOTARIAL NATIONAL OFFICE: NOTARIAL ACTS IN COSTA RICA: ORGANIZATION, CONTROL, SURVEIL. 3.- REQUIREMENTS, INJUNCTION, IMPEDIMENT TO EXERCISING NOTARIAL PUBLIC FAITH. 4.- JURIDIC ORDER MODIFICATION IN NOTARY AREA. CONSTITUTIONAL CHAMBER'S VOTES NUMBER 444 - 00 AND 5417 - 2003. INSTITUTIONAL NOTARIAL LAW AND EFFECTS EMERGE. 5.- SUBMITTING PROBLEM TO TRIBUNAL. 6.- INSTITUTIONAL NOTARIES' IMPEACHEABLE REGULATIONS TO A MATTER OF LEGALITY, NOT OF CONSTITUTION. 7.- INSTITUTIONAL NOTARY'S GUIDELINES. TRIBUNAL IMPEACHMENT. APPEALING ISSUED RULING POSSIBILITY. 8.- DEFINITION OF PARTY, ON PUBLIC NOTARY ACTS AND CONTRACTS. CONCLUSION.

ABSTRACT: costa rica is a founding member of the international body of notaries' union. up to the year 2,000 costa rica had a body of notaries within the latin notarial system. there were three types of notaries then: the notary exercising private practice, the state notary, and the consul working as a notary.

Because of constitutional chamber vote number 444, from the year 2,000, a new type of notary was incorporated: the institutional notary, this is the notary who works at a state bank or at a public institution giving notarial services to the clients, at zero cost, working on a salary basis, paid by the institution.

The disadvantage to this new type of notary is the infraction to principles of autonomy and independency when exercising notarial public faith, characteristic of the latin notarial system, since it is within the regimen of public use; therefore, a subordinate working relation emerges.

The negative effect for those exercising private notarial law in costa rica has been very serious. the financing market expands in detriment of the free, imparcial and independent notary, and these notaries' fees are questionable on daily basis. right now, and because of the

administrative matters tribunal negative ruling, this sector's fight is taken to the highest court of the nation on substantive grounds of interpretation and application of the law¹.

RESUMEN: Costa Rica es un país fundador de la Unión internacional de Notariado y hasta el año 2000 había tenido un notariado ubicado dentro del Sistema notarial latino, dentro del cual existían tres tipos de notarios: el notario de ejercicio privado; el notario del Estado y el cónsul en función notarial.

Por Voto 444 de la Sala Constitucional del año 2000, se incorporó un nuevo tipo de notario, el notario de planta o institucional, el cual trabaja en Bancos del Estado o en instituciones públicas que ofrecen servicios notariales a sus clientes a coste cero porque pagan salarios a los notarios contratados por las mismas.

Ese nuevo tipo de notariado tiene como desventaja la infracción de los principios de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública notarial, propios del Sistema notarial latino porque se encuentran dentro del régimen del empleo público, por lo tanto en una relación de trabajo subordinada.

Los efectos negativos para el Notariado costarricense de ejercicio privado han sido muy graves. El mercado financiero crece en detrimento del notariado libre, imparcial e independiente y los ingresos de estos notarios son cuestionados diariamente. Actualmente la lucha de este sector se ha trasladado a Casación ante la sentencia negativa del Tribunal Contencioso Administrativo².

PALABRAS CLAVE: Tipos de notario- notario institucional- efectos negativos- concepto de parte en actos y contratos

KEYWORDS: types of notaries: institutional notary's negative effect concept in acts and contracts.

¹ re Costa Rican panorama on Costa Rican notarial law, please CHECK **SANCHEZ B, R.** analysis of the system of notarial function in costa rica, from the perspective of exercising public faith (to be or not to be a true latin notary). Intellectus editorial s.a. costa rica, 2nd edition, 2011.

² Sobre el panorama del Notariado costarricense revisar a **SANCHEZ B, R.** Análisis del sistema de la función notarial en Costa Rica: en la perspectiva del ejercicio de la fe pública (ser o no ser un verdadero notario latino). Editorial Intellectus S.A. Costa Rica, 2 da edición, 2011

ANTECEDENT

Costa Rica is a founding country of the well known international union of notaries, which in the forties was called the latin notary union. the bar association of lawyers of costa rica was the representative entity of the members, and it still is.

Membership at u. i. n. l. was very seriously analyzed from the notarial point of view exercised in our country. compared to the anglo - saxon and soviet notary, our latin type of notary has always manifested itself as the private exercise of a public function. in some countries, a public notary, by law, is

Considered a public functionary, but in others like costa rica, he is placed within the munera publica.

There are very important characteristics, such as impartially exercising, when qualified juridic opinion is generated (which gives room to the autonomy of the public notary at the moment of giving notarial public faith). then the unquestionable profesional ethic when been considered a profesional, or as it happens in costa rica, where a notary is not a profesional nor a public functionary, and although that, he has to earn the title of lawyer of the tribunals of justice. except in consuls' cases who are exempt of becoming lawyers, based on international treaties, like the one of vienna. another exception is the one of the state notary, who, as a characteristic, is able to do all notarial activity required by the state (like acquisitions, expropriations, non appropriation) which are made at the state notary's office, in the attorney general's office.

Right now, there is an explosion of people graduated as ba in law as the result of the existence of private universities, in 1980. costa rica is a country with 5 million citizens, 23,000 lawyers. because of having an open type system of access to the notarial function, right now, there are 7,810 authorized notaries and from that amount 164 are called institutional lawyers. during the last five years, the state banking system and autonomus institutions have been giving them more than 80% of the notarial activity they generate.

In the year 2,000 the panorama changed when the constitutional chamber by means of vote 444, restated in votes 5417 - 2003 and 13672 - 20004, helped the juridic institutional notary image to be born. the notary's image, known as public duty notary regimen, gave this essay the chance to inform the international notarial community about the advantages and menaces to its existence in other countries.

1- NOTARIAL CODE PROCLAIMED IN 1998

After part of a costa rican group of notaries, very interested in a more adequate notarial legislation, had a long fight, under the influence of interested magestries and under law n° 7764, a new notarial legislation called notarial code, dated april 17th 1998, promulgated by a majority, was approved in a short duration case, and scheduled to start six months later that year, in november.

By means of the notarial code, public notaries' function was better defined, and some public juridical intitutions were established, for example the national board of notaries was created, same as the jurisdictional tribunals in charged of taking care of violations to the notarial code and the juridical order that aticipates the participation of a public notary.

2- BIRTH OF NATIONAL BOARD OF NOTARIES

Organization function, control and vigilance of notaries in Costa Rica

Before the notarial code, the authorization to exercise notarial public faith was in the hands of the supreme court of justice second chamber of cassation. notaries' disciplinary competency used to be sanctioned by a judicial court.

Once the said code was promulgated, the national office for notaries was born with instrumental legal capacity, and its competency was defined by article 21, which essentially establishes the functions of the organizational entity for notarial law, the control of exercising notarial law by means of inspecting and vigilating the notarial function.

The notarial law office, known as DNN, was born as a hybrid entity between the organization and the vigilance of the Costa Rican notarial function. These are separate entities in other countries members of UIN, where the point is to authorize or not doing notarial function; also, in terms of supervision, like in Colombia where there is a superintendency of notary offices, or in Uruguay with the inspection of notaries in the judicial court.

DNN has multiple functions, project diversity allows notaries in our country to do public function, promoting authentication of documents going out of the country, registering them, sending or receiving them, supervising notaries' behavior, proper or not, by keeping record of suspensions from DNN, notarial tribunals, and notaries' violations to the national juridical order branches of civil or criminal law.

3- REQUIREMENTS, PROHIBITIONS, IMPEDIMENTS FOR EXERCISING NOTARIAL PUBLIC FAITH

The requirements to become and exercise public notary were better organized in the notarial code, considering that these requirements should be kept during the whole existence of the public faith.

Aside from notaries hired by the notarial office of the state, and the consuls named by the external affairs ministry, up to the year 2,000 there was no other type of notaries.

But given the experience of many public institutions, and above all state banks, where lawyers used to be lawyers and public notaries too, many colleagues had to choose between being a lawyer and being a notary, since

According to CN's article 4 part d): as long as they exercised a public job as public employees, according to the definition of public employee in the law of public administration, and as public notaries (where according to CN's first article), that is a public job. CN's article 4, part d says:

“(f) Those who work at any dependency of the public sector, including structured ones according to organizational models of private law, where exercising external notarial job is prohibited.”

The national office for notaries, by constitutional order based on said votes, as directing entity of the matter, regulated the juridical nature and institutional notaries' faculties on a series of dispositions proper of this subtype of notarial job, within the lines of exercising and controlling

notarial services, called institutional notary job in chapter two, which defines itself the following way:

“ARTICLE 25TH, CONCEPT. notary authorized to give services only to the estate, for a fixed remuneration, exclusive dedication, and subject to the regiment of public employees, subject to control, advertizing, requirements, prohibitions, impediments, and disciplinary regimen. he should monthly satisfy the guarantee fund and to use the mechanisms of security established by cn and those determined by DNN.

This type of notary has some advantage over the institutional notary: he does not have the obligation of keeping an office open to the public (his boss, the state, allows him the benefit) same as messenger service, cleaning service, office equipment, and even all fees for exercising his public faith paid: buying his book of deeds, paying dnn to authore starting it, replacing folios, everything will be paid by the institution: delivering the book to the national archive, bindding, repairing folios, etc. ³ to the extent that article 26th (prohibitions, impediments, limitations) includes all priviledges of exercising this subtype of notarial law, which says:

“The institutional notary has the obligation of serving, protocolizing, and out of protocolizing: from a public office, under prohibition of exercising notarial law privately and charging fees to the state: authorizing acts following lines exclusively related to the institution he works for“.

Extracted requirements from the notarial code are given in detail in the following article. the institutional notary has the obligation of fulfilling them in order to become entitled and start using his book of deeds.

ARTICLE 28TH. REQUIREMENTS. In order to be authorized as an institutional notary, the one with public faith, besides fulfilling with the requirements and criteria established by law , should fulfill with the following dispositions:

- a. Indicate what his position is within public administration.
- b. Proobe the existance or not of regimes of savings and loans enrolled in the public institution that do not correspond to its ordinary function.
- c. Describe his function as an institutional notary according to the job mannual, same as the fee for exclusive dedication or prohibition, which should be certified by correspondant authority.
- d. Internal control dispositions he is subject to by institutional order.
- e. Give office address from where he will be rending his services.
- f. Establish type of acts or contracts the institution he works for does.
- g. Identify specialized asesory functions the institution requires.
- h. Demonstrate the existance or not of regulations to stop the external exercise of the notary within the legal regimen of the institution.

³ SANCHEZ BOZA, R, cit. there is a comparative chart between the notarial code and the general law of public administration in relation to the characteristics of the institutional notary, pages 38 to 41, which allows the reader to have a clear idea of the different juridic situations where both types of notaries are, and how the institutional notary has a heavier weight because of the hierarchic relation with his boss, which can leave aside the characteristics of impartiality and autonomy when exercising the notarial public faith.

4- JURIDIC LAW MODIFICATION IN THE NOTARIAL AREA. CONSTITUTIONAL CHAMBER'S VOTE 5417 - 2003. INSTITUTIONAL NOTARY FIGURE'S BIRTH AND CONSEQUENCES

About the implications of these regulations, no uniform opinion has been given. The national office of notaries has been holding to the criteria that as long as they are under the regimen of public employment, receiving a salary, except for the exceptions in article number 5 of the notarial code, notaries won't be able to authorize those acts or contracts where the state or its institutions are part.

According to the opinion, under number 67 of the administrative contracting law, it is not possible to hire notaries, under the system of fixed retribution, which is the reason why public institutions cannot hire institutional notaries to do acts related to their ordinary activity. According to what such dependency says, the applicable order ends up being precisely the notarial code, a special and later norm of the law of administrative hiring. Therefore, in the specific case of the notarial services, the mentioned article can be applied because it applies specifically to the notarial code, the one that specifically rules the notarial law activities, those who practice them, and the addressees.

The attorney general's office has said in several occasions, when hierarchies from public entities have consulted, a contrary position based on article 67 of the law of administrative hiring, state banks, and self-governed institutions if they can hire notaries, as employees under the system of paying a salary as the remuneration for their professional services.

The answer to the complaint presented by the national bank of Costa Rica, on behalf of the bank, was levelled out in the part of pretensions 1 and 2, with the following arguments: since articles 7 part b, 8, and 34 of the notarial code, the jurisprudence of the constitutional chamber, and the reports issued on the subject by the attorney general's office, institutional notaries are public employees who can do for their boss any of the jobs mentioned in number 34 of the same code, because of which they are paid a salary, the only limitation the institutional notary has is the one constituted by acts proper of the state notary's office; since, in terms of other activities, he does the functions of a private notary; consequently, it is considered that the notarial code does not prohibit a public bank's institutional notary to do any act of protocol or non-protocol type related to the bank's ordinary activity, above all credit operations matters as the central element of the banking activity, as long as the notary does not perceive any fees.

Vote number 5417 – 2003 of the constitutional chamber maintained the following position when interpreting that norm: "it is prohibited to institutional notaries to exercise external activities either because of receiving payment for the

Prohibition, or because of exclusive dedication, or because of a schedule matter, although that they can do acts or contracts where the institution they are part of participates . . . "

5- LOCATING THE PROBLEM IN THE TRIBUNALS. IMPUGNATING THE REGULATING NORM OF INSTITUTIONAL NOTARIAL LAW. A LEGAL MATTER, NOT A CONSTITUTIONAL MATTER.

Because of the gaps and contradictions that took place at the end of the notarial code enacting, opposite opinions were found in relation to the notary defined in the Latin notarial system, at the international level, and those given at the notarial code law project discussion, which were not included in it here. Which some interested parties in the business of the institutional notarial law, favorable to the entities of financial intermediation in terms of savings in the fees payment, have been interested in spreading, such as the following :

“(…) Such is the good faith of the commission writing it, that for example in article number 9 we establish the possibility for the state, the decentralized institutions and the public businesses called corporations, of naming notaries with under a fixed salary. we avoid having external notaries from the national banking system that way. whom will that benefit? the bank client, the institution client. notaries from the state’s institutions have generally

Committed abuse when performing their job, (. . .). our intention in this disposition is that the national bank gets to have fifty notaries with a fixed salary, that way the client will not pay the notary’s fees (. . .). the idea is to lower the costs to the client, the farmer who goes to the national bank to mortgage his farm in order to finance his rice crop. that way, if the bank had a notary working for a salary, then the notary’s fee will be paid by the bank, and that will lower the costs of the deed by more than a 1%”.

No doubt that social benefit programs offer help for people to get out of poverty, offer benefits to social sectors with less opportunities for development (small farmers, country people, mothers who are bosses of their homes, and family micro enterprises) so, it doesn’t make any sense to charge additional notary fees for registering their deeds in the book, just to make some other people a little wealthier. these errands could be done at a lower price by the employees who work for a fixed salary.

That was the commentary among notaries which originated the unconstitutional act brought to the constitutional chamber, resulting in vote 5417 – 03. at the end, this was applied, favoring in a general way, physical people, juridic entities, businessmen with enough resources to buy or pay mortgages, and those the politics of the entities were favorable to (since the minimum top for tax exemption is fifty thousand dollars at some entities, and from two hundred thousand dollars on up at others approximately). this excludes the majority of the physical people, and small and medium size businessmen as beneficiaries of the exemption.

Now, vote 9773 – 2006 of the constitutional chamber leaves the institutional notaries’ position very clear, to the reach of exercising notary public faith when the text itself says:

“This tribunal rules, the previous justifies, in those supposed issues, and we insist that they are exceptional, the notarial job made by public employees to be widely regulated with the purpose of stopping such conflicts to happen”. . . “that is the way how, public order reasons, pretty well justify the notarial function subjected to series of requirements, impediments and exceptions. an analysis of the legislative acts where the notarial code was discussed, allows us to conclude that the legislator[s] will was that the notaries job, at least as a general norm, be made by professionals who will not be regular employees of public dependencies”.

Quesada says, “when exercising institutional notarial function, distortion has gotten to such an extreme that financial entities offer their clients, in official advertising, that they will not have to pay any “expenditures to formalize“, and by using these terms they only mean the notarial fees, because they do charge taxes, rates, and the rest of the registration fees; that is to say, people get confused, the public is made believed that the “formalizing fees “ are only the notarial fees”.

QUESADA⁴ also explains to us that this argument, which turned to be a secret everybody knows about, is that this is indispensable to be able to compete against the rest of the financial private entities, given the situation of the financing market.

⁴ QUESADA H., C. regulating institutional notarial services: comentary to an unfortunate remark of the attorney general’s office. icoden magazine number 1, 2007, pages 1 – 7.

This way, far from looking to compete with their own money as it should be, for example, by reducing the commissions they charge for their credits, which end up being up to four percent, or by making better levels of efficient administration. That is to say, instead of sacrificing their own resources, they decide to sacrifice what belongs to the others, turning the notarial job into an

Instrument of negotiation, taking its nature away from it, under the taking charge of financial supervision authorities' noses.

In Costa Rica's national bank by laws on notaries providing external services, it is clearly established that when an institutional notary's services are used, (this clearly refers to advantages for physical individuals, or juridic entities performing credit operations, for amounts higher to two hundred thousand dollars, what the majority of the Costa Rican population with a minimum salary of two hundred and fifty dollars a month makes: a peon's salary), this is opposed to what a professional in public administration, who is part of the middle class of the country makes, (one thousand two hundred dollars a month) these credits are of impossible access for the majority of the population.

ARTICLE 15TH PART 3 of the referred norms says:

3) All of those credits where the level of the debtor's debt with the national bank, including the new debt, is equal or higher than \$200,000 or its equivalent in colones.

By means of the arguments above mentioned in benefit of the workers: peons and agricultural businessmen are left out, and it can be seen that the existence of the majority of the institutional notaries responds to the fights of these entities with financial and mercantile activity to get a better position in the market, in detriment of more than 97% of the notaries of the country and the public finances themselves, since every notary pays taxes according to his income and in this case, bank credit operations made by institutional notaries stay out of that tax obligation.

6- INSTITUTIONAL NOTARIAL FUNCTIONS NORMS. IMPUGNATION IN COURT. POSSIBILITY OF APPEALING THE RULING ALREADY ISSUED.

The constitutional chamber has defined in a clear and precised way that it is obligatory to respect the norms and guidelines issued by dnn, not only for notaries but for all other members of society, public or privately (among others, vote number 9773- 2006 can be checked).

The guidelines dictated by the notarial superior board for exercising and controlling institutional notary practice say: it has been accepted as demonstrated that the official newspaper the gaceta number 212, from november 2nd, 2010, published "the guidelines for exercising and controlling institutional notary". This was ruled by the superior notarial board, during session number 27 that took place on october the sixth, two thousand and ten, which in article 3 says: "article number 3. external notary: those instruments where other acts are authorized, not having his boss as a direct participant, should be authorized by external notaries of the institution. if the institution has a list of external notaries then it should follow the rol on article 173, of the organic law of the central bank of Costa Rica, number 7558 from september the 3rd, 1995. instruments that should be authorized by the state's notary office are exempt . . . "

Such norm has the effect of derogating articles 25 to 30 of the guidelines for exercising and controlling notarial service published in judicial magazine number 99 from may twenty fourth, two thousand and seven (see article 10 on guidelines for exercising and control of institutional notary).

In the year 2011, a complaint was presented on behalf of the national bank of Costa Rica and thirteen institutional notaries, and then later two more state banks became part of it, too: bank of R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

ISSN: 2340-4647

costa rica and bank for agricultural credit. and because of ruling number 171 – 2011, from the seven hours and thirty minutes on august the 9th, 2011, the administrative law matters tribunal,

Section 6, second judicial circuit of san jose, the action was fully accepted it. the attorney general's office partially accepted. there is an appeal to the ruling that was presented on september 19th, 2011.

Up to date, 7,810 notaries are included at the national registry of notaries, and 164 of them are institutional notaries, this group essentially opposes to a type of notaries known in costa rica as external notaries, who are those notaries who have participated in public licitations from state banks or self governed institutions, and have been successful about getting a contract for notarial services adjudicated for a determined period of time, generally for four years. institutional notaries get a salary, and in some occasions he get a plus salary, which is a way of competing against other private banks and financial companies offering notarial services for free at zero cost to their clients who participate in houses, vehicles, or debt fusion sale fairs under mortgage guarantees.

No doubt that, from the point of view of employers like the banks, the institutional notary is excellent to compete in the market, but this seriously affects external notaries, because a balanced distribution is not respected, which imperatively establishes a superior norm from the state banking, between both types of notaries, as in the organic law of the central bank of costa rica , article 173.

The guidelines for exercising and controlling institutional notary, third article, were impugned by different groups of institutional notaries whose basic arguments have been:

- 1- Existence of an institutional notary under the regimen of public employee,
- 2- From his point of view created by a legislator
- 3- Accepted by the constitutional chamber and
- 4- Accepted by dnn as the one that will allow the "institutional notary" to do "all of those protocolized or not notarial acts, required by the institution he works for".
- 5- The superior board of notaries, known as csj, in session number 27, on october 6th, 2010, agreement number 2010 – 003, published in the official newspaper la gaceta number 212, on november the 2nd, 2010, gave new guidelines for exercising and controlling the institutional notary, not only derogating the actual guidelines , but also limiting protocolized or not notarial acts.
- 6- From their point of view, those new guidelines establish that the institutional notary can only act in the documents the institution they work for is a direct participant, otherwise the list of external notaries established in article 173 of the organic law of the central bank of costa rica has to be use.
- 7- From their point of view they consider that csj illegitimate limited the acts institutional notaries can do, to the point of restricting the authorization for deeds in terms of practically impeding exercising the institutional notarial function when exercising the banking activity, although the notarial code did not circumscribed institutional notaries' acts to a determined type of notary.
- 8- With an argument of mercantile order, and outside the principle of notarial legality, the institutional petitioner notaries also argued that: on light of the dispositions of the guidelines, every credit activity from a financial entity, by public law, will end up being submitted to hiring external notaries perceiving a salary - because the majority of credit

operations that require the notarial function are related to mortgages, where the creditor bank is not present as one of the participants, but

Evidently is interested in the act taking place, in this case the bank - employer, as the norm calls it, bringing **an evident detriment for public banks and their clients**, since not only they are put at disadvantage against private entities not under the referred article; but, instead, those clients, who could be exempt of paying fees for using the services of institutional notaries whose acts do not require payment, have to pay such fees, based on a created and pretended need of counting with their services full time, in an exclusive way, as employees of the national bank of Costa Rica.

- 9- Institutional notaries have estimated csu's decision taken from dnn, is violent against the principle of legality and the rights of equality and work for all institutional notaries who give their services full time, in an exclusive way, as functionaries of the national bank of Costa Rica.

The constitutional chamber of the supreme court of justice desestimated the proceeding, under vote number 2011 – 006346 from the 14 hours and 30 minutes on may 18th, 2011, under the following arguments:

- 1- Dnn has the potesty to dictate by laws that regulate exercising the notarial activity. in this case, the claims made by the appellants are nothing else than a simple supposition, ahead of the facts, since its fundamental rights have not suffered any lesions in terms of the emission of the guidelines , since up to now non of them has been fired in terms of the alleged decrease of work.
- 2- This chamber in several occations has acknowledged that the will of the legislator on the political constitution, number 9, 105, and 121, same as on the notarial code, is that there will exist institutional notaries, who will work in a direct and subordinate form for an institution, and because of that a job contract and they get a salary, same as external notaries who do get their fees paid by each of their jobs done. the truth is that what the appellants question is not that the existance of institutional notaries is not acknowledged, but that the jobs given to them by dnn could

Eventually cause a reduction of institutional notaries that the national bank of costa rica has, a future and doubtful fact, because of which it does not cause detriment any fundamental right in this moment, we are not even facing a serious nor imminent menace right now. so what proceeds is to reject this proceeding, as it really is ordered.

Part of the basis for the ruling favorable to the plaintiff bank and the notaries we find in the third fact considered, in summary based upon:

- A- Not knowing, within part of the disposition of the impugned direction, that the existance of a notary paid by salary, damaging in an evident form the right on the constitution . . . “ vote number 2003 – 5417, const. chamber
- B- Institutional notaries keep a relation of public employees with the entity of the central or not centralized public administration, which designates them based upon the principles contained in articles 192 and the following of the political constitution.
- C- Institutional notaries do not percibe fees, except those mention in the exception of the last part of section b, 7th article of the notarial code, instead they percibe is a salary for the functions they are entrusted.

- D- Institutional notaries can protocolize acts or not which has been anticipated in number 34 of the notarial code, the exception are those that according to the juridic order are competent to the state notary, having as the only condition that these actings have to be related to the entity's ordinary activity they keep a relationship of public job, and that consequently it has to do with acts or contracts where "their employers or susidiary corporations show as one of the parties", and they will not charge any fees for authorizing them, according to article 7 part b, and 8 from the notarial code on second paragraph.
- E- Public administration has competency according to number 7 part b in the notarial code, that is to say if the notarial services required, related to the ordinary activity, are given by external notaries or by institutional

Lawyers, designated according to the rules of public employment, contained in articles 192 and following of the political constitution, 67 of the law of administrative contracting, and 163 4th paragraph of administrative contracting regulations.

- F- The tribunal shares the state representative's criteria in what has to do with "granting a credit, in terms of the escencial operation of the financial mediating, is part of the ordinary activity proper of consulting banks. this credit operation does not refer to the real transferring of the property for the money, like in a loan contract, but as a credit operation it should be consider the business that gives falculty to the client to disposs of an amount of money, granting endorsements and guaranties".
- G- The third article of the guidelines for exercising and controlling institutional notary, substancially contravenes articles 11, 33 and 56 of the political constitution; 29.2 of the american convention of human rights; 6, 11, 19, 59 part 1, and 124 of the general law of public administration; 13 of the law of constitutional jurisdiction; 2 of the organic law of the attorney general's office; 7 part b, 8 and 34 of the notarial code; 67 of the law of administrative contracting; 116 and 173 parragraph 5 of the organic law of the central bank; articles 1, 3 part 4, and 61 of the organic law of the central banking system; 163 5th parragraph of the regulation of the administrative contracting law, since, when establishing that "in those instruments other acts are authorized where the employer is not one of the direct parties, these should be authorized by the external notaries of the institution. if the institution has a roll of external notaries, the roll article 173 of the organic law of the central bank of costa rica number 7558 from september the 3rd 1995 refers to, should be followed".
- H- Now, opposite to what the notarial board of notaries says, the questioned norm is not a compliment to articles 7 part b, and 8 of the notarial code, instead it imposes a requirement not contemplated in such dispositions.
- I- This tribunal declares: a) the absolute nulity of article 3 in guidelines for exercising and controlling institutional notary, published in the official

Newspaper la gaceta number 212 on november the 2nd, 2010, dictated by the superior notarial board, session number 27 on october 6th , 2010, because of endeding up being substancially opposite to the juric order.

7- DEFINITION FROM A PARTY IN REFERENCE TO ACTS AND CONTRACTS MADE IN FRONT OF A NOTARY

CSN has decided to give a direction defining the concept of the party in acts and contracts with intervention of the institutional notary in a way where it gets together the concepts of notarial code and the definitions offered by the constitutional chamber in different votes about this type of notaries. The basis is that exercising institutional notary requires to be regulated with the purpose of avoiding abuse on behalf of public administration.

In vote 11732 – 2006 the constitutional chamber indicated that the definition of party is not a constitutional matter but a legal one, which according to what has been anticipated, in articles 22 and 24, part d, on the notary code, it is questionable that, it corresponds exclusively to the notary national board, to issue the regulations in order to give norms in this area of exercising the notarial function.

Also, the constitutional chamber has exercised in a precise way the obligation of respecting the regulations and direction issued by dnn, this is not only for notaries but also for all other members of society, public or private. The chamber in vote 9773 – 2006 pointed out the following, respect of what it is interesting here:

“This tribunal, in sentence 2003 – 5417 pointed out according to articles 24 part d, 140 and 143 part b of the notary code that the board has the potesty to dictate guidelines and direction that notaries have to fulfil with by obligation. **That is to say that, by guidelines a true potesty is reserved for**

The board in relation to competency aspects. things being this way, this chamber has previously acknowledged in different occasions, it is understood that the direction given, by this entity, is the true administrative regulation of general reach; **as such, in general, this will have to be observed not only by notaries, but by every person, and or institution fitting within the supposed facts foreseen by norms of direction given, especially when having to do with the state, public administration, or any decentralized organ, because these are subject to the principle of legality.**” (darker letter is ours)

The notary superior board’s concept, lacking a clearer definition on the concept of party, in relation to the institutional notary, has provoked a negative effect when fully exercising notary, a distortion that derives in situations of unfaithful competency, since entities that have institutional notaries in their pay roll, offer transactions without any type of “expenditures for formalizing”, a term that causes confusion to the user, since what it really happens is that the notary’s fees are not charged, but the taxes, rates, and other registration fees are.

Article number 8 of the notary code says that when the state and its corporations or self governed or semi self governed institutions are authorized, they can use institutional notaries, that is the ones that will get a salary. reiterately has been said that the constitutional chamber, in vote 5417 – 2003, held to the following interpretation of this norm:

“. . . Externally exercising notary is prohibited for institutional notaries, either because they receive the payment for the prohibition or exclusive dedication. or because of superimposing schedules, although that, **it is not an obstacle to make acts or contracts where the institution they are part of is part.** . . . (darker letter is ours).

The clearness of both dispositions is in the middle. according to the notary code and related jurisprudence of the constitutional chamber, the institutional notary can only act when the institution is part of the act or contract. based upon the above, institutional notaries cannot, openly and irrestrictively, exercise notary within the entity, only when this one is part.

It is important to point the most common example where these institutions participate as part of credit operations approved by their annalist, and third parties intervene, by only having a relationship with the future debtor of the bank, the one receiving the credit for a home, or the ex debtor. Let's explain.

JUAN PEREZ requests a credit from the national bank to buy land from jose sanchez, who mortgaged the land in first degree to the national institute for housing (instituto nacional de vivienda y urbanismo), he built his home with a loan from this institution; and separately, he got a second mortgage with mutual of heredia in order to make some repairs. the bank approved the loan in the following way: it was approved that juan perez buys the house and makes a first degree mortgage on its favor, in order to do that has to free it from the two mortgages previously mentioned.

In that operation the only participation the bank has, as one of the parts, is in the contract to make the mortgage, but not in the sale contract between juan perez and jose sanchez who is a third one to the bank, nor to the entities that are the mortgagee on first and second grade, who are also third parties in

Relation to the bank, because when the credits were made it did not participate.

Because of this type of situations the notarial superior board of dnn, based upon the potesty legally acknowledged, and because of the constitutional chamber, has taken the decision of defining in a clear and definite way, the concept or part. when also waiting for the final resolution of the chamber of appeals,

Which could take some five years to be issued. besides making a detailed list of the acts, contracts, and exercising the potesty of certifying the institutional notary has. leaving it clear that in no case the institutional notary can charge fees to the administration in exchange for his services.

In summary, the mentioned agreement establishes that in terms of institutional notary, in the notary acts the one who participates in the act or contract in a direct way, and **who necessarily comes to express his will** in front of the one who has public faith, privately or as an institutional notary, will be "a part".

In all other cases, even if it has to do with what is called "activity proper of the banks or complex acts", if the entity does not show up in the act or contract, it is not part of the notarial acting, consequently this cannot be done by the institutional notary.

Because of the above, except for the acts that correspond to the state secretary office of the attorney general's office, besides the juridic and notarial assessor that corresponds to them, the following are acts, contracts, minutes, and certifications that institutional notaries can make, directly related to the institution they work for:

- 1- Institution's empowered representative's power certification and legal capacity.
- 2- Canceling mortgages where the institution is the creditor.
- 3- Buying and selling institution assets, or directly acquiring them.
- 4- Protocolizing foreclosure minutes where the institution gets the foreclosed asset.
- 5- Protocolizing boards of director's and other institution organs' minutes.
- 6- Elaborating notarial acts of acts or situations the institution is directly interested in.

- 7- Acts from part b of ordinal 7 of notary code.
- 8- Authentication of institution's functionaries' signatures.

CONCLUSION

To finish this essay we can conclude we have only been able to present one view on the situation of notary in costa rica, where there is two sub groups opposing each other in the fight for the daily survival. no doubt that institutional notaries have the right to their daily livelihood, and see themselves subject to their employer's marketing policies: banking entities, self governed and semi self governed state institutions, which are part of the state bank, a type of banking that brough a lot of benefits to the country at the beginning of the second part of last century, and that in their opinion has to have that type of tools to take better advantage of the opportunities from the credit market and financial intermediation.

Notaries of this country have problems teaching this branch of law by itself, since many judges and law professionals in public administration do not really know the principles and basis, since they do not exercise the notarial public faith.

On the one hand, costa rica feels proud for having been a founder member of uin, and every time it gets further away from its origins based upon the latin notarial system , and it is getting closer to a state notary. as it is deeply studied in in my book about the types of notary in costa rica and the correspondent one as a mirror image or not withing the latin notarial system.

For now, the notarial superior board of the national board of notary, according to its obligations and withing the frame of the priniple of legality, agreed toleave very clear the limitations within which institutional notaries can act when their own employers assigned them tasks of notarial type. as a state of law, in costa rica everything can be impugned. the state fears having to pay possible damages and consequences fees, which is not clear for institutional notaries yet in the national juridic order; but, on behalf of the entity representing the state , the attorney general's office, there is a weak position in the deffense of the legality of the acting in the whole group of institutions and members of society - institutional notaries , members of banks boards of directors, and other entities using the institutional notary, judges who take care of the denunciations and claims from possible victims.

The big absent one in our country is a bar of notaries, an entity to represent, and deffend the group of notaries, allowing a negociation of a more balanced distribution of the notarial activity, defining and establishing who the responsible ones in violations of clear norms are, as mentioned in article 173 of the organic law of the central bank of costa rica, which exists since before the institutional notary started, and determines that there should always be a work balanced distribution among all notaries of the country.

The panorama of notary in costa rica has big clouds; although that it is important to take into consideration that there is other possibilities of work, which are been studied by a legislative comision that was born last year, 2012.

And was integrated by some interested in improving the general economical conditions of notary in Costa Rica.

BIBLIOGRAPHY

Attachment Number One

Costa Rica national bank regulation for external notary services . (agreement from board of directors session number 11486 on June 10th, 2008, published in the Gaceta number 69 from April the 3rd, 2008, and its reforms:

Article 14th .- distribution of notarial work. when deeds imply the payment of professional fees, will be distributed among notaries following an estrict alphabetic order under strict rotation, of all files of credit operations for no more than one hundred millions of colons. but when the credit operation approved gets to be higher than fifty millions of colons , the services of two notaries will be needed following the roll of two or more notaries.

The previous will be implemented in the following way: one notary will be designated for every fifty millions of colons of the approved credit operation, and the fees they will get will be equal amounts. all notaries assigned will be responsible for the job to be done; although that the credit file will be delivered to the first one of them following the alphabetic order.

In the case where replacement of a deed is justified , this one will be assigned respecting the established order of the roll, independently of the original deed's characteristics.

For those centers of credit administration, without a designated notary, either because he has permit for not been there or he is under suspension, for as long as the substitution takes place the credit file will be assigned to the notary with the closest office, and for that the roll of the last one will be used.

If the parties desist from signing the deed of constitution of the credit already elaborated in the book of deeds, the notary will be able to charge the client, according to the case, some of the percentages fixed by the corresponding tariff. the bank will warn the client about such responsibility.

“Article 15th. – **assigning job and not paying any fees.** the general manager or the under managers, by using criaterias of absolute generality and imparciality, as long as it does not imply the payment for professional fees , will be able to authorize credit deeds are formalized by means of using institutional notaries, independently from the amount of the credit. (the underlined, the black and cursive letter is not part of the original) .

The services of institutional notaries would also be used for:

- 1- Those credit operations already formalized where a public deed is required to document a guarantee strength or any notarial act conducting to the improvement of the existing guarantee.
- 2- The payment arrangements, readdaptions or compromises that the money lenders, surety, guarantors, or any other one obligated who will have to be formalized in a public deed.
- 3- **All of those credits where the level of the debtors' level of indebt with the national bank, including the new debt, is equal or above \$200,000 or its equivalent in colons.**
- 4- For all of those credits issued to finance buying totally or partially temporary assets from the national bank of Costa Rica. for the purpose of this part, it will be understood as

“temporary assets” all of those assets received or adjudicated to pay credits transferred to third parties, judicially or extra judicially”.

CRISIS ECONÓMICA Y ALTERACIÓN EXTRAORDINARIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CONTRATO: *¿PACTA SUNT SERVANDA?*

Inmaculada Vivas Tesón
Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 28 de noviembre de 2012

Fecha de aceptación: 27 de diciembre de 2012

SUMARIO: 1.- ESTADO DE LA CUESTIÓN. 2.- LA TENSIÓN ENTRE EL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA Y EL PRINCIPIO REBUS SIC STANTIBUS. 3.- EL ARTÍCULO 1213 DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS. 4.- BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: La difícil situación económica actual hace que, en ocasiones, el cumplimiento del contrato resulte excesivamente oneroso (que no imposible) tras su celebración. El principio *pacta sunt servanda* provoca grandes reticencias en la práctica forense a la hora de aplicar la regla de la cláusula *rebus sic stantibus*, razón por la cual en el presente trabajo reflexionamos sobre la necesidad de regular expresamente en nuestro Código civil la renegociación o resolución de la relación contractual cuando la excesiva onerosidad altera el equilibrio del contrato, haciendo sumamente gravoso su cumplimiento para una de las partes.

ABSTRACT: The difficult current economic situation means that, on occasions, the performance of the contract becomes excessively onerous (but not impossible) following its conclusion. The *pacta sunt servanda* principle causes serial reticences in forensic practice when applying the *rebus sic stantibus* clause. For this reason in the present paper we will think about the need to regulate expressly in our Civil Code the renegotiation or resolution of the contractual relationship when the hardship alters the equilibrium of the contract, rendering its performance extremely onerous for one of the parties.

PALABRAS CLAVE: equilibrio del contrato, cumplimiento excesivamente oneroso, cláusula *rebus sic stantibus*, excesiva onerosidad.

KEYWORDS: equilibrium of contract, performance excessively onerous, *rebus sic stantibus* clause, hardship.

1.- ESTADO DE LA CUESTIÓN

Pérdida de empleo, comedores sociales desbordados, desahucios, suicidios... son los dramáticos estragos del difícil momento económico que estamos viviendo.

Muchas son las personas que, ante el alto nivel de endeudamiento de la población española, se encuentran “asfixiadas” en duraderas relaciones contractuales contraídas en un contexto de máxima euforia económica generalizada en nuestro país y se plantean, con tremenda angustia, cómo dar por finiquitado un contrato que, difícilmente, podrán cumplir en las condiciones pactadas al momento de su celebración, razón por la cual acuden, con frecuencia, a los despachos profesionales en busca de una urgente solución jurídica que ponga término al contrato y, en consecuencia, les libere anticipada y definitivamente de él.

Pensemos en el arrendatario de un local de negocio que, pese a su ruinoso actividad comercial a consecuencia de la crisis económica, se ve atrapado en el contrato ante la imposibilidad de renegociar las condiciones originarias del mismo y de pagar la penalización pactada para el caso de ruptura anticipada del vínculo contractual (probablemente, una cuantía de alto importe, al pactarse en un momento de gran bonanza económica).

Recientemente, como remedio a la trágica y grave coyuntura económica en la que nos encontramos, se ha dictado el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios¹.

Nuestros tribunales, sin embargo, han mostrado mayor sensibilidad que el legislador en relación a la crisis económica². La cual algunas sentencias sitúan temporalmente en 2007³ en tanto que otras en 2008⁴ y respecto de la cual la SAP. de Navarra de 6 de octubre de 2010⁵ afirma: “es cierto la existencia de una crisis económica que por su carácter de notoria está dispensada de prueba, y que afecta a toda la sociedad...”. No obstante, nuestros jueces y tribunales, a la hora de enjuiciar los litigios, han de atenerse al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 C. c.).

Conforme a ello y, en concreto, a lo dispuesto por el art. 1256 C.c., que determina que la validez y el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, la SAP. de Valladolid (Sección 3ª) de 23 de noviembre de 2011⁶, en relación a un contrato de arrendamiento con una duración de cinco años en el cual se pactaba que, tras los dos primeros años, el arrendatario tenía la facultad de resolver unilateralmente el contrato en cualquier momento de su vigencia siempre que notificase fehacientemente su decisión de resolver con al menos dos meses de antelación o, en su defecto,

¹ Resolución de 29 de noviembre de 2012, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

² Destacable es la consideración *obiter dicta* que realiza la juzgadora de Primera instancia y que considera correcta la SAP. de Navarra de 17 de diciembre de 2010 (AC 2011\1), en su FJ 4º: “Cabe además hacer una pequeña consideración, que podríamos unir con lo ya señalado en relación con el abuso de derecho, en el sentido de que si bien formalmente cabría entender que la actuación del banco se ajusta a la literalidad de la ley y que efectivamente tiene derecho a solicitar lo que ha solicitado, por lo que cabría entender que no existiría el abuso de derecho que se le imputa, pero ello no obstante no deja de plantearnos una reflexión, cuando menos moralmente intranquilizante, relativa a la razón por la que la parte apelante impugna el Auto recurrido, por considerar que en realidad el valor de la finca subastada y adjudicada materialmente al banco, hoy por hoy, tiene un valor real inferior al que en su día se fijó como precio de tasación a efectos de subasta. Y decimos esto, porque la base de la manifestación de que la finca subastada tiene hoy por hoy un valor real inferior, se base en alegaciones como que la realidad del mercado actual ha dado lugar a que no tuviera la finca el valor que en su momento se le adjudicó como tasación, disminución importante del valor que une a la actual crisis económica, que sufre no sólo este país sino buena parte del entorno mundial con el que nos relacionamos. Y siendo esto así y en definitiva real la importantísima crisis económica, que ha llegado incluso a que la finca que en su día tasó en una determinada cantidad, hoy en día pudiera estar valorada en menos, no podemos desconocer que ello tiene también en su origen una causa precisa y que no es otra, y no lo dice esta Sala, sino que ha sido manifestado por el Presidente del Gobierno Español, por los distintos líderes políticos de este país, por expertos en economía y por líderes mundiales, empezando por el propio Presidente de Estados Unidos, que la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias, recuérdense las “hipotecas basuras” del sistema financiero norteamericano”.

³ La SAP. de Jaén (Sección 1ª) de 14 de octubre de 2011 (JUR 2012\247963) y SAP. de Álava (Sección 1ª) de 22 de junio de 2012.

⁴ Para la SAP. de Ciudad Real (Sección 2ª) de 26 de mayo de 2011 (JUR 2011\ 224422), “la crisis económica en el ámbito financiero inmobiliario no se inició desde luego por notoriedad en el año 2.006, sino hasta bien entrado el año 2.008” (FJ 2º).

⁵ JUR 2011\ 232077.

⁶ JUR 2011\40666.

mediante el abono de dos mensualidades posteriores a la fecha de desalojo del local, el arrendatario alegó antes de que transcurrieran los dos años como causa de resolución anticipada del contrato la situación económica por la que atravesaba el sector inmobiliario. Acerca de ello, la AP. afirma: “es cierto y de sobra conocido la crisis por la que atraviesa últimamente ese sector, pero ese mero hecho no es por sí motivo suficiente para resolver el contrato, entre otras razones porque desconocemos en qué medida ha afectado a la demandada...”

La alegación que se hace para la resolución del contrato ya fue objeto de estudio en otro supuesto por esta Sala (2 marzo 2.010). Alega la demandada para justificar el desistimiento del contrato, la existencia de una crisis económica afectante al sector de la promoción inmobiliaria al que se dedica y que se ha producido después de la firma del contrato de forma imprevisible e inevitable (fuerza mayor o caso fortuito). Se trata sin embargo de un alegato genérico y puramente teórico y que como tal, no puede servir, ni para justificar el incumplimiento contractual en que incurrió, ni para moderar el quantum de la indemnización fijada por la sentencia apelada. Aun admitiendo la existencia de la crisis invocada, la recurrente ha debido aportar, y no lo ha hecho, alguna prueba objetiva sobre la incidencia real de dicha crisis en su situación particular, el deterioro patrimonial sufrido o el descenso en el volumen de negocios y beneficios, de modo que por ello le resultaba imposible o muy difícil continuar con el arrendamiento.

El cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes” (FJ 3º).

Como señala la SAP. de Granada (Sección 3ª) de 5 de mayo de 2011⁷, en su FJ 4º, en relación a una reclamación de cantidad en aplicación de una cláusula penal de un contrato de arrendamiento de local de negocio de larga duración, “en cuanto a la aplicación de la cláusula penal, los demandados no pueden oponerse a que se vieron forzados a abandonar el local por el precio abusivo del alquiler, que fue pactado libremente entre las partes, y por la posterior crisis económica, habida cuenta de que la imposibilidad sobrevenida como causa de extinción de las obligaciones debe ser interpretada restrictivamente según la doctrina jurisprudencial (SSTS. 13 marzo 1987, 20 mayo 1997, 21 abril 2006, 13 mayo 2008), criterio que rige también para la imposibilidad sobrevenida económica, en aras de defender el principio pacta sunt servanda ex artículo 1254 CC que rige en nuestro sistema contractual. Por otra parte, no se debe confundir la imposibilidad con la dificultad de poder cumplir las obligaciones, y tampoco cuando la dificultad es extraordinaria (SSTS. 5 mayo 1986, 6 octubre 1984, 20 mayo 1997). La crisis económica no es causa para no cumplir (SSTS. 17 mayo 1994 y 4 de julio de 1997), a no ser que se haya producido una excesiva onerosidad sobrevenida”, la cual no está consagrada legalmente en nuestro Código civil.

Con el fin de delimitar nítidamente el supuesto de hecho objeto de este estudio, dada la confusión conceptual que, a veces, encontramos en la praxis, debemos partir de que no estamos ante los casos de invalidez del contrato (existencia de un defecto constitutivo esencial), ni de resolución del mismo por mutuo disenso, por desistimiento unilateral o por cumplimiento de una condición resolutoria, ni tampoco de rescisión por lesión.

Tampoco abordamos el análisis de los casos de resolución contractual por incumplimiento ni por imposibilidad sobrevenida de la prestación⁸ acerca de la cual se pronuncia la STS. de 30 de abril de 2002⁹, recogiendo la doctrina jurisprudencial vertida al respecto: “1.- La regulación de los artículos 1272 y 1184 C.c. (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar «ex» art. 1182, SS. 21 feb. 1991 (RJ 1991, 1518), 29 oct. 1996

⁷ JUR 2011\334172.

⁸ Acerca de las diferencias entre imposibilidad sobrevenida de la prestación y excesiva onerosidad, *vid.* JORDANO FRAGA, F.: “Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español”, en *ADC*, 1985, fasc. II, pp. 275-400, quien, en concreto, en pp. 334 y 335, afirma: “la imposibilidad sobrevenida de la prestación aparece, de un lado, como un plus respecto de la mera dificultad de prestar... Pero aparece además como algo más que la excesiva onerosidad de la prestación”. De este modo, considera que el límite de la excesiva onerosidad es el mínimo o punto de partida para la aplicación de la imposibilidad sobrevenida, de modo que “hasta aquel límite mínimo la obligación se conserva, y precisamente por ello se concede a la parte onerada (salvo que el acreedor consienta en la reconducción a equidad de la relación) la posibilidad de resolver el vínculo; más allá de él se produce la extinción de la obligación y la consiguiente liberación del deudor por el juego de la imposibilidad sobrevenida”; asimismo, CRISTOBAL MONTES, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989 y BELTRAN DE HEREDIA ONIS, P.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990.

⁹ RJ 2002\4041.

(RJ 1996, 7484), 23 jun. 1997 (RJ 1997, 5201) recoge una manifestación del principio ad impossibilia nemo tenetur (SS. 21 ene. 1958 [RJ 1958, 220] y 3 oct. 1959), que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles (impossibilium nulla obligatio est: D. 50, 17, 1.185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor (SS. 15 feb. [RJ 1994, 1316] y 21 mar. 1994 [RJ 1994, 2560], entre otras); 2. La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística –atendiendo a los «casos y circunstancias»– (SS. 10 mar. 1949 [RJ 1949, 269], 5 may. 1986 [RJ 1986, 2339] y 13 mar. 1987 [RJ 1987, 1480]), pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la S. 16 dic. 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 abr. 1994 [RJ 1994, 2949] a la imposibilidad económica), o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica (sentencias, entre otras, 15 dic. 1987 [RJ 1987, 9434], 21 nov. 1958, 3 oct. 1959, 29 oct. 1970 [RJ 1970, 4473], 4 mar. [RJ 1991, 1714], 11 may. 1991 [RJ 1991, 3658] y 26 jul. 2000 [RJ 2000, 9177]); 3. A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria (S. 6 oct. 1994 [RJ 1994, 7458]), pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad (sentencias, entre otras, 8 jun. 1906, 10 mar. 1949 [RJ 1949, 269], 6 abr. 1979, 5 may. 1986 [RJ 1986, 2339], 11 nov. 1987 [RJ 1987, 8372], 12 may. 1992 [RJ 1992, 3917], 12 mar. 1994 [RJ 1994, 1742] y 20 may. 1997 [RJ 1997, 3890]), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la S. 6 oct. 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo (sentencias, entre otras, de 15 y 23 feb. [RJ 1995, 683], 12 mar. y 6 oct. 1994); 4. La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (S. 13 mar. 1987 [RJ 1987, 1480]) –que sólo tiene efectos suspensivos (S. 13 jun. 1944 [RJ 1944, 893])–, y la derivada de una situación accidental del deudor (S. 8 jun. 1906); 5. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (SS. 22 feb. 1979 [RJ 1979, 523] y 11 nov. 1987 [RJ 1987, 8372]); 6. Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (S. 20 mar. 1997). La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él (SS. 2 ene. 1976 [RJ 1976, 22] y 15 dic. 1987), o le es imputable (SS. 7 abr. 1965 [RJ 1965, 2118], 7 oct. 1978, 17 ene. [RJ 1986, 104] y 5 may. 1986, 15 feb. 1994, 20 may. 1997), y existe culpa cuando se conoce la causa (SS. 15 feb. y 23 mar. 1994, 17 mar. 1997 [RJ 1997, 1980], y 14 dic. 1998 [RJ 1998, 9892]), o se podía conocer (S. 15 feb. 1994), o era previsible (SS. 7 oct. 1978, 15 feb. 1994, 4 nov. 1999 [RJ 1999, 8001]), aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya (S. 23 feb. 1994). La S. 17 mar. 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanísticas de la finca; 7. No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (SS. 8 jun. 1906, 7 abr. 1965, 6 abr. 1979, 12 mar. 1994, 20 may. 1997, entre otras). La S. 14 feb. 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la S. 2 oct. 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento; y, 8. Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad (art. 1.182; y S. 23 feb. 1994 [RJ 1994, 1255])” (FJ 7º).

Por su parte, la STS. de 14 de mayo de 2009¹⁰ precisa: “cuando no es posible el cumplimiento de la prestación hay que distinguir si tal imposibilidad existe en el momento de la perfección contractual (momento de formación del contrato), en cuyo caso el efecto jurídico que procede es el de la nulidad de conformidad con el art. 1.272, en relación con el art. 1.261.2, ambos del Código Civil, o si se trata de una imposibilidad sobrevenida con posterioridad a la perfección y antes de constituirse el deudor en mora (art. 1.184 CC), en el que se da lugar a la liberación de la prestación (resolución contractual). En tal sentido, Sentencias de 10 de abril 1956 (RJ 1956, 1555); 30 de abril 2002 (RJ 2002, 4041) y 21 de abril de 2006 (RJ 2006, 1875)”.

Claro lo anterior, nos situamos ante un contrato plenamente válido (por tanto, estructuralmente perfecto), que, en su desenvolvimiento posterior, debido a acontecimientos económicos sobrevenidos de cierta magnitud, es muy difícil (no imposible) cumplir por una de las partes contratantes, que, como es sabido, a la luz de lo dispuesto por el art. 1256 C.c., no puede, de forma unilateral, desentenderse y dar por terminado el contrato cuando así le convenga. Las causas de extinción del vínculo contractual (legales o convencionales) son las que son y la desvinculación caprichosa e injustificada del compromiso voluntariamente asumido es inadmisibles.

¹⁰ RJ 2009\3026.

Para afrontar la cuestión aquí planteada, la tensión entre los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, es premisa fundamental entender la relación contractual duradera no como algo estático con dos momentos nítidamente separados, el de su perfección y el de su cumplimiento, sino en una dimensión esencialmente dinámica, teniéndose en cuenta que el factor tiempo puede incidir, en mayor o menor medida, en el equilibrio contractual concretamente convenido por las partes, el cual debe existir, esencialmente, tanto en la génesis como durante toda la vida posterior del contrato. De otro modo, los presupuestos constitutivos del vínculo contractual han de mantenerse, básicamente, hasta el momento de ejecución del mismo.

Como posibles herramientas útiles para solucionar las situaciones de alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales, dado el silencio legal y en defecto de una específica previsión convencional, suelen manejarse, entre otras, las teorías alemanas de la presuposición y la base del negocio, la francesa de la imprevisión, la anglosajona de la frustración del fin del contrato, así como también el principio de la buena fe, el abuso del derecho, la equidad o el enriquecimiento sin causa.

Es nuestro propósito analizar, en estas apretadas páginas, las actuales respuestas que a tales dificultades prácticas de la dinámica contractual brinda nuestro Ordenamiento, compartiendo con el lector algunas reflexiones acerca de la adecuación o no de aquéllas a la actual realidad económica.

2.- LA TENSIÓN ENTRE EL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA* Y EL PRINCIPIO *REBUS SIC STANTIBUS*

De la combinación de los arts. 1091, 1254, 1255, 1256 y 1258 C.c. resulta que sólo las partes contratantes, pueden, por mutuo acuerdo (y siempre que no perjudiquen a tercero), modificar o poner fin al contrato por ellas celebrado.

Dada la fuerza vinculante de la *lex privata* derivada de la voluntad de las partes y plasmada en el contrato, ninguna de ellas puede, unilateralmente, desconocerla, pretendiendo la inexigibilidad de los compromisos voluntariamente asumidos, sin quebrantar el aforismo "*pacta sunt servanda*"¹¹, principio de inmutabilidad del contrato conforme al cual el art. 1256 C.c. dispone que "la validez y cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

En este sentido se pronuncia la SAP. de Madrid (Sección 12ª) de 14 de julio de 2010¹²: "resulta obvio que el hecho de que cuando se contrae una obligación contractual debe ser cumplida, con independencia de que las circunstancias personales y/o económicas de alguna de las partes contratantes puedan hacer más o menos gravoso o dificultoso el cumplimiento de las obligaciones contraídas. De prosperar la tesis del recurrente, las obligaciones contractuales quedarían en meras declaraciones de intenciones sujetas simplemente al hecho de que los planes que el deudor de una determinada obligación hubiera podido trazar al objeto de atender a su cumplimiento se vean cumplidos, y caso de que por circunstancias sobrevenidas los planes que ideó se vean modificados, quedaría exonerado de las obligaciones contractuales, lo cual sería tanto como dejar la eficacia contractual que proclama, entre otros, el artículo 1258 del Código civil, al albur de la buena fortuna del deudor, lo cual obviamente no es así, ya que las obligaciones deben ser cumplidas por los contratantes en los términos en que fueron contraídas, puesto que su cumplimiento no puede quedar sujeto a la voluntad de una de las partes (artículo 1256 del Código civil), y sin que las dificultades económicas exoneren del cumplimiento de la obligación" (FJ 5º).

Claro lo anterior, es indudable que el principio de la autonomía de la voluntad es una conquista jurídica del pasado, pero elevarlo a dogma absoluto y, a veces, con resultados gravemente injustos, es, a todas luces, inaceptable. Si cuando la ley positiva, aplicada estrictamente, provoca efectos perniciosos (*summum ius, summa iniuria*), se contempla la posibilidad de utilizar el mecanismo integrador de la equidad para mitigarlos, ¿por qué no también cuando provoca los mismos indeseables efectos la *lex contractus*? O, por el contrario, ¿el incondicionado respeto a la voluntad de las partes excluye la

¹¹ Para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. Mª: *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, Vol. II, *Las Relaciones Obligatorias*, 6ª ed. 2008, p. 1055, la regla inicial que consagra el aforismo *pacta sunt servanda* "se puede llamar también de la incondicionada fidelidad al contrato".

¹² AC 2010\1504.

aplicación de cualquier mecanismo de intervención en el contrato, no obstante éste pueda llegar a ser, de manera sobrevenida, manifiestamente perjudicial para una de las partes contratantes? De ser así, el acuerdo contractual con efectos gravosos e injustos se transformaría más que en la expresión pura de la libertad personal, en una auténtica prisión de la propia voluntad.

Es comprensible que, pese al principio de intangibilidad del contrato y sumo respeto a la *lex privata* y a su fuerza vinculante, ciertos mecanismos de intervención en el acuerdo contractual estén permitidos, en especial, cuando éste choca frontalmente contra la reciprocidad de las prestaciones y la buena fe.

Al respecto, sumamente interesante nos resulta la SAP. de Alicante (Sección 6ª), de 23 de noviembre, de 2000¹³, que, en su FJ 2º, señala: “Como regla general, y por exigencias de la seguridad jurídica, ese principio de inalterabilidad del contrato opera aún cuando la vida, en su continuo fluir, traiga consigo una alteración de las circunstancias, ajena a la actuación y a la voluntad de las partes. Mas a veces, y sobre todo en momentos de crisis económica, o cuando se trata de contratos de ejecución sucesiva y larga duración, ese cambio de circunstancias puede hacer excesivamente onerosa para una de las partes la ejecución de lo convenido o puede convertir el contrato en objetivamente injusto. En tales supuestos el Derecho puede reaccionar frente a esos eventos con tres tipos de soluciones: a) Las de naturaleza contractual, en las cuales las propias partes prevén la posible alteración de las circunstancias y toman medidas cautelares contra ella b) Las de tipo legal en que es el propio Estado el que en un determinado momento dicta leyes de aplicación general para atender a las circunstancias especiales c) Las de tipo judicial, por las que se confía a los tribunales la facultad de fallar contra la fuerza vinculante de las convenciones, previo al ejercicio de la correspondiente acción por una de las partes”.

Como es sabido, el desistimiento unilateral¹⁴ es una vía de desvinculación voluntaria del contrato, de carácter excepcional, que sólo puede tener su origen en una disposición legal (vgr., el art. 1594 C.c. para el arrendamiento de obra o en materia de consumidores) o en un pacto expreso de las partes (siendo frecuente, en la práctica, que dicho acuerdo vaya acompañado de una previsión indemnizatoria, como prevé el art. 1153 C.c.), supuestos en los cuales, la parte contractual que desiste pone fin, libre y anticipadamente, a la relación contractual.

Entre los remedios de revisión judicial del contrato, la imprevisible (harto discutible) y extraordinaria crisis económica en la que nos encontramos inmersos, podría conducirnos, como posible solución, a la cláusula *rebus sic stantibus*, la cual “supone una decidida manifestación de la institución de la ‘aequitas’ introducida en nuestro Código Civil por la Ley 3/73 de 17 de marzo”¹⁵. De hecho, es la figura a la que, con enorme frecuencia, se alude como eventual instrumento para intentar solventar

¹³ JUR 2001\52108.

¹⁴ Acerca de la terminología, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, cit., pp. 1086-1087 señala: “en la práctica jurídica y en el mundo de los negocios es frecuente utilizar la expresión ‘denuncia’, que, en la literatura jurídica, ha sido también utilizada en ocasiones para traducir la palabra alemana ‘Kündigung’. Los autores italianos hablan de *recesso* que quizá pudiera encontrar –aunque el neologismo sea de dudoso gusto– su equivalente en castellano”.

¹⁵ FJ 1º de la SAP. de Barcelona (Sección 12ª) de 31 de enero de 2003 (JUR 2003\145331), que no aplica en un contrato de compraventa de una vivienda el instituto de la cláusula *rebus sic stantibus* alegado como resolución del contrato y devolución de la cantidad entregada al vendedor en concepto de arras, con motivo del padecimiento de una enfermedad del comprador y su situación de incapacidad total permanente, con la consiguiente minoración de su nivel de ingresos. En similares términos, se pronuncia la SAP. de Alicante (Sección 8ª), de 2 de noviembre de 2010 (JUR 2011\65130), en relación a un contrato de renting.

En esta misma línea, la STS. de 22 de abril de 2004 (RJ 2004\2673), que no aplica la cláusula al no considerar como “radicalmente imprevisible” para una sociedad dedicada a la construcción, como es la compradora, la disminución del volumen de edificabilidad por revisión del plan urbanístico, sobre todo si se tiene en cuenta que la legislación autonómica en aplicación de la cual se revisó el Plan General de Ordenación Urbana era anterior a la celebración del contrato en cuestión, el cual, tratándose de un contrato tracto único del contrato, aún es más excepcional la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Tampoco se aplica la figura en la reciente STS. de 27 de abril de 2012 (RJ 2012\4714), en relación a un contrato de arrendamiento urbano, pronunciamiento contrarios a las resoluciones de ambas instancias, al entender que “*el transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación; en efecto, el contrato suscrito por los litigantes, en previsión, ya desde su inicio, de la gran duración del arrendamiento, contiene cláusulas de actualización de renta y, con la objetivo de evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de arrendamiento en general, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 integra normas de actualización de renta*”.

situaciones contractuales de gravoso cumplimiento. Sin embargo, además de que su extrema rigidez impide su fácil y cómoda utilización en la práctica, ésta no resulta un expediente técnico apropiado (conforme a su configuración actual) para los supuestos de hecho objeto de nuestro estudio, de ahí que las pretensiones acerca de su aplicación sean siempre, en estos casos, judicialmente rechazadas.

Sobradamente conocidas son las grandes reticencias mostradas en la práctica forense a la hora de aplicar la regla de la cláusula *rebus sic stantibus*; una mera búsqueda jurisprudencial así lo confirma. El sumo respeto a la soberana voluntad privada y al principio de seguridad jurídica lleva a nuestros jueces y tribunales a aplicar, con extrema prudencia, dicha cláusula, de orfandad legal y construcción jurisprudencial, exclusivamente cuando concurren determinados presupuestos, entre ellos, el más característico, la concurrencia de circunstancias imprevisibles para las partes contratantes y de extraordinaria gravedad (vgr. un conflicto bélico o una calamidad)¹⁶.

En cuanto a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la STS. de 23 de abril de 1991¹⁷, en su FJ 3º, afirma que “la doctrina ha examinado la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación al igual que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de construir dentro de nuestro Derecho vigente, la cláusula “*rebus sic stantibus*” como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones”; con cita de las sentencias de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940\1135), 17 de mayo de 1941 (RJ 1941\632) y 5 de junio de 1945 (RJ 1945\698), la de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957\2164) establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) Que la cláusula «*rebus sic stantibus*» no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias imprevisibles¹⁸; y E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones”¹⁹.

En relación a esta última cuestión que alude a que, mediante la aplicación judicial de la cláusula *rebus sic stantibus*, el objetivo no es dar por finalizado el contrato, sino simplemente la revisión, modificación o reajuste equitativo del desequilibrio sobrevenido de las recíprocas atribuciones patrimoniales adecuando la ejecución del contrato a las nuevas circunstancias, debemos plantearnos si, ante la incidencia de la crítica situación económica que actualmente vivimos en una concreta relación

¹⁶ Para un estudio detallado, *vid.*, entre nosotros, CARRASCO PERERA, A.: “Equidad; cláusula *rebus sic stantibus*; nominalismo en deudas de dinero”, en *CCJC*, núm. 8, 1985, pp. 2581-2590; Díez-Picazo y Ponce de León, L. M.: “La cláusula ‘*rebus sic stantibus*’”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 26, 1996, pp. 669-686 y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, 2003.

En la doctrina italiana, destacamos, entre otros, COGLIOLO, P.: *La così detta clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, en *Scritti vari di Diritto privato*, Torino, 1925, Vol. I; GIOVENE, A.: *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza (la dottrina della clausola rebus sic stantibus)*, Padova, 1941; DI BLASI, C.: *La clausola rebus sic stantibus nel nuovo Codice civile e nelle prime applicazioni della giurisprudenza*, en *Giur. It.*, 1949, I, pp. 132 y ss.; OSTI, G.: Voce “*Clausola rebus sic stantibus*”, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Torino, 1959 y FERRI, G. B.: *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Quadrimestre*, 1988, pp. 54 y ss.

¹⁷ RJ 1991\3023.

¹⁸ Es de destacar, como hace la STS. de 15 de marzo de 1972 (RJ 1972\1252) que la alteración que se requiere como premisa de la excepción al principio *pacta sunt servanda* que implica la cláusula *rebus sic stantibus* es la de la base del negocio, con la cual las partes no contaron, ni pudieron contar, es decir, la de tratarse de algo imprevisto e imprevisible, que como tal ni siquiera pensaron en la posibilidad de ella.

¹⁹ Esta doctrina jurisprudencial, pacífica y constante, se mantiene, entre otras, en posteriores Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, SSTS. de 29 de mayo de 1996 (RJ 1996\3862), 10 de febrero de 1997 (RJ 1997\665), 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9214), 27 de mayo de 2002 (RJ 2002\4573), 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\ 2762) y 22 de abril de 2004 (RJ 2004\2673). En cuanto al aspecto probatorio, la STS. de 23 de junio de 1997 (RJ 1997\5201) establece: “*La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido, con cautela y moderación, la aplicabilidad de la referida cláusula, manteniéndose exigente en la necesidad de la concurrencia de los requisitos que propician su aplicación -con especial referencia a la imprevisibilidad-, los que deben de acreditarse en forma racionalmente contundente y decisiva, pues se ha de rechazar cuando se hace abstracta e imprecisa alegación de la cláusula de referencia* (SS. 6 noviembre 1992 [RJ 1992\9226], 4 febrero, 15 marzo y 14 diciembre 1994 [RJ 1994\910 y RJ 1994\1784] y 29 enero 1996 [RJ 1996\737])” (FJ 2º).

contractual de prolongada duración, no basta con moderarla equitativamente sino que es preciso dar un paso más dejándola sin vigencia, lo cual implica una intervención más agresiva en el acuerdo de voluntades plasmado libremente en el contrato.

Al respecto, se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de abril de 1994²⁰, en la que enjuició un pleito acerca de un contrato de arrendamiento que tenía por objeto la extracción de guijo de la finca arrendada y que, al momento de celebración del mismo, eran buenas las perspectivas de explotación, pero, con posterioridad, al desaparecer éstas completamente, no se pudo alcanzar el fin normal del contrato, frustrándose las esperanzas y legítimas expectativas del arrendatario, quien, en consecuencia, solicitaba la resolución del contrato.

Pese a que la prueba pericial practicada arrojó como resultado la inviabilidad total de la explotación económica del guijo en la finca arrendada, y más inviable aún con el canon de arrendamiento, tanto en primera como en segunda instancia, por aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, se decidió una mera rebaja de la renta. El arrendatario interpone recurso de casación, el cual es estimado por el TS, declarando resuelto el contrato de arrendamiento:

“El motivo se estima por haber desaparecido la causa negocial durante el transcurso de la vigencia del contrato de tracto sucesivo. Siendo la causa la finalidad común perseguida por los contratantes, cuando la misma no se mantiene durante el tiempo de duración de la relación contractual en virtud de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de su perfección, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados. No es que haya que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la doctrina de la cláusula «*rebus sic stantibus*», porque carece de sentido que si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya aun de forma más reducida. Tal doctrina sólo es aplicable en caso de notorio desequilibrio entre las prestaciones, no en caso de ausencia de una de ellas.

La imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo.

En el caso litigioso, el arrendamiento tenía un fin concreto y específico señalado por los que lo pactaron: cesión de una finca con la finalidad de extraer guijo. La sentencia recurrida dice que la explotación era viable entonces, pero era inviable económicamente desde mayo de 1988, hasta el punto que, de seguir con ella, los arrendatarios perderían entre 85 y 290 ptas. por tonelada. Esta inviabilidad se debía, según el informe pericial, a las causas naturales que señalaba. No hay ninguna duda de que, en estas condiciones, es absurdo afirmar que el arrendador puede cumplir su obligación de que el arrendatario pudiera extraer guijo de la finca, porque de los términos del contrato se desprende, y así lo interpreta la Audiencia, que el mismo quiere este producto en tanto le produzca una ventaja económica, no para asegurarse simplemente el suministro de un material a cualquier precio. Y si ello es así, no puede obligársele a que pague una renta, todo lo disminuida que se quiera, a cambio de nada.

La inviabilidad de la prestación por desaparición de la falta de interés en la misma del arrendatario ha sido también imprevista de la forma en que se ha manifestado, que le obligaría a tales costes de transformación para conseguir el guijo que harían ruinosa su actividad. Las partes sólo previeron en la estipulación segunda de su contrato causas naturales que impidieran «transitoriamente» «una normal explotación», pero no una imposibilidad total y permanente (el informe pericial se hace en noviembre de 1990, meses antes de la expiración del plazo contractual”).

Y el Supremo, de acuerdo con lo expuesto, rechaza la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*:

²⁰ RJ 1994\3216.

“El influjo de circunstancias sobrevenidas e imprevistas en la vida del contrato no ha dejado de ser considerado por la jurisprudencia de esta Sala, aparte de su aceptación de la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus». Ha considerado ejercitable la facultad de resolución cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento [Sentencia de 22 octubre 1985 (RJ 1985\4963) y las que cita], y cuando la prestación pactada no responde a la finalidad para cuya consecución se concertó el contrato, frustrándose la misma [Sentencias de 3 noviembre y 9 diciembre 1983 (RJ 1983\5953 y RJ 1983\6925), y 27 octubre 1986 (RJ 1986\5960) y las que citan]. Por eso es extravagante el recurso a la cláusula «rebus sic stantibus», si hay una frustración total del fin del contrato” (FJ 2º).

Así las cosas, la cláusula rebus sic stantibus es un remedio jurisprudencial, siempre excepcional, no dirigido a resolver un problema de inexistencia sobrevenida de causa negocial²¹. Por consiguiente, la solución para hacer cesar los efectos de una relación contractual en la cual se ha roto el equilibrio económico inicialmente acordado y, en consecuencia, permitir la consiguiente liberación del deudor habrá de ser la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida²², pero entendida ésta no como sanción al contratante perjudicado, tal y como es contemplada por el art. 1124 C.c., sino como remedio último cuando la mera modificación y reajuste del contrato a las nuevas circunstancias resulta improcedente²³. A diferencia de la resolución-sanción, aquí nos encontramos con el acaecimiento de eventos imprevisibles (por tanto, inimputables) tras la perfección del contrato que provocan una disfunción o quiebra del sinalagma funcional del contrato²⁴, esto es, el nexo entre prestación y contraprestación, de modo que una de las partes contratantes padece un perjuicio económico que supera con creces el alea o riesgo propio del negocio que debe razonablemente asumir, siéndole realmente gravoso (no imposible) la realización de la prestación. En tales casos, no existe justificación alguna para que el contrato, cuyos cimientos resultan notablemente trastocados y, por consiguiente, deformada sustancialmente su originaria fisonomía, continúe con vida, procediendo, pues, su resolución por ineficacia funcional.

Dicha ineficacia contractual se sitúa entre el dogma de la fuerza obligatoria del contrato y la conveniencia de poner límite al excesivo sacrificio de un contratante que, como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, se encuentra seriamente perjudicado por un contrato que, de manera sobrevenida, se ha transformado en desfavor suyo. Si no contase con el derecho a desvincularse del contrato ni tampoco se tratara de un supuesto de imposibilidad sobrevenida, se vería en un callejón sin salida preso de su propia voluntad.

²¹ Así se pronuncia la STS. de 23 de abril de 2012 (RJ 2012\5913), que estima inaplicable la cláusula *rebus sic stantibus* invocada por el arrendatario de una explotación minera, quien libremente prorrogó el arrendamiento, alegando un agotamiento del carbón, puesto que, según la Sala, los cambios producidos deben entenderse como riesgos inherentes al propio contrato celebrado de explotación de una mina de carbón, primando, por tanto, la autonomía privada.

²² Al respecto, *vid.* BADENES GASSET, R.: *El riesgo imprevisible*, Barcelona, 1946; CANDIL, F.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Madrid, 1946; ESPERT SANZ, V.: *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 30, 2000, pp. 47-59; SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: “La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea”, en *ADC*, vol. 55, núm. 3, 2002, pp. 1115-1132; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M^a: *La alteración de las circunstancias contractuales*, Madrid, 2003; ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “Problemas de la alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato en la Unificación del Derecho Europeo”, en *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, OSSORIO SERRANO (coord.), 2005, pp. 57-62; BANFI DEL RÍO, C.: “Notas sobre la excesiva onerosidad sobrevenida en Derecho Privado Comparado”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 6, 2006, pp. 29-50 y VIVAS TESÓN, I.: “La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2010, pp. 133-154 y en *Ejecución hipotecaria: solución a tiempos de conflicto*, SALAS CARCELLER, A. (coord.), 2012, pp. 123-150.

²³ Dicho remedio resolutorio sin incumplimiento contractual es similar el contemplado por el art. 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, reformada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre: “La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización”.

²⁴ GORLA, G.: *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, pp. 37 y ss. afirma que el sinalagma genético atiende a la obligación mientras que el funcional se relaciona con la prestación.

No obstante tratarse de una laguna legal en nuestro Ordenamiento jurídico, consideramos que ésta es fácilmente colmable con varios principios generales informadores de nuestro Derecho contractual. Así, dicho expediente técnico encuentra un sólido fundamento en la equidad, en el mantenimiento del equilibrio básico de las prestaciones subjetivamente acordado por los contratantes y en el principio de la buena fe en el cumplimiento del contrato (especialmente exigible al acreedor que, a pesar a la sobrevenida variación de las circunstancias de celebración del contrato, exige al deudor el cumplimiento –aun exorbitante– de la prestación).

Nuestro Código civil, que sí regula, en algunos supuestos, las consecuencias de una alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales (vgr. la revocación de la donación por supervivencia o superveniencia de hijos -art. 644- o la restitución de la cosa prestada al comodante en caso de urgente necesidad de la misma -art. 1749-), no contempla expresamente ni la modificación ni la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación²⁵; sí, en cambio, algunos Cuerpos legales de nuestra misma familia jurídica y de data más reciente a la del texto decimonónico español²⁶.

Entre las legislaciones civiles europeas que disciplinan ambos remedios jurídicos señalamos, sin ánimo exhaustivo, el Codice civile de 1942 (no así el precedente de 1865), el cual le dedica sus arts. 1467 a 1469²⁷, el portugués sus arts. 437 a 439²⁸, el holandés de 1992 su art. 258²⁹ y el §313 del BGB tras la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002³⁰.

²⁵ Para PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. 2, vol. I, Barcelona, 1954, pp. 308-309, puede llegarse a un resultado negocial ineficaz por cinco caminos: 1) nulidad; 2) anulabilidad; 3) rescisión; 4) resolución, y 5) anomalías atípicas, entre las cuales se encuentra la frustración del contrato.

²⁶ En un ámbito distinto, destacamos el art. 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969: “Art. 62. Cambio fundamental en las circunstancias. 1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que:

a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y

b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:

a) si el tratado establece una frontera; o

b) si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado”.

²⁷ Art. 1467. “Contratto con prestazioni corrispettive.

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'Art. 1458 (att. 168).

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.

Art. 1468. “Contratto con obbligazioni di una sola parte

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.

Art. 1469. “Contratto aleatorio

Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti”.

En la vasta bibliografía italiana, destacamos, entre otros, PINO, A.: *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padua, 1952; BOSELLI, A.: *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino 1952 y Voce “Eccessiva onerosità”, en *Novissimo Digesto Italiano*, VI, 1960; ROPPO, E.: “Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e ‘frustration of contract’ (in margine ad un ‘caso di Suez)”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, pp. 1239-1263; CAGNASSO, O.: “Appunti in tema di sopravvenienza contrattuale e svalutazione monetaria (Nota a trib. torino 14 dicembre 1979)”, en *Giurisprudenza italiana*, 1980, pp. 416-422; TARTAGLIA, P.: Voce “Onerosità eccessiva”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXX, Milano, 1980, pp. 157 y ss. y *Eccessiva onerosità e l'appalto*, Milano, 1983; DE MARCHI, G.: “Risoluzione del mutuo per eccessiva onerosità sopravvenuta”, en *Vita notarile*, 1987, pp. 502-521; GALLO, P.: *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; CRICENTI, G.: “Inadempimento, eccessiva onerosità e ruolo della buona fede (Nota a Trib. Catania 27 novembre 1992)”, en *Giurisprudenza di merito*, 1993, pp. 628-632; TERRANOVA, C. G.: *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Commentario diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1995; MACARIO, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996 y “Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare”, en *Riv. Dir. Civ.*, ene.-feb. 2002, pp. 63 y ss.; ROSSETTI, M./BALLETTI, C./MARTINO, V.: *Risoluzione, inadempimento, impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità*, Torino, 2000; CASELLA, G.: *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*,

En Latinoamérica, siguiendo la estela del Código italiano, la reforma del Código civil argentino de 1968 (la Ley N° 17.711) añadió un pfo. 2° a su art. 1198³¹ regulador de la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida; el art. 672 del C.c. paraguayo³²; el art. 868 del Código de comercio colombiano de 1971³³; los arts. 1440 a 1446 del C.c. peruano de 1984³⁴ o los arts. 478 a 480 del Código

Torino, 2001; MASTRORILLI, A.: “Sopravvenienza imputabile ed eccessiva onerosità (Nota a Cass. sez. II civ. 23 febbraio 2001, n. 2661)”, en *Il Foro italiano*, 2001, pp. 3254-3259; AMBROSOLI, M.: *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, CALCATERRA, D.: “Risoluzione per eccessiva onerosità”, en *Studium iuris*, 2001, pp. 1510-1511 e *ibidem*, 2002, p. 83; ZINGALES, U.: “La risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per eccessiva onerosità”, en *Diritto e formazione*, 2005, pp. 691-703; BELLI, G.: “Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta”, en *Obbligazioni e contratti*, 2012, fasc. 3, pp. 216-220.

²⁸ Artículo 437.º “(Condições de admissibilidade):

1. *Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.*

2. *Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior”.*

Artículo 438.º “(Mora da parte lesada)

A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou”.

Artículo 439.º “(Regime):

Resolvido o contrato, são aplicáveis à resolução as disposições da subsecção anterior”.

Vid. MENEZES CORDEIRO, A.: “Da alteração das circunstâncias”, en *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, pp. 293 y ss. y CALDERALE, A.: “Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel Diritto Luso-Brasiliano”, en *I Contratti*, 2012, fasc. 6, pp. 527-539.

²⁹ Según el art. 258: “1.– *El juez puede modificar cuando así lo desee una de las partes los efectos de un contrato o resolverlo total o parcialmente por razón de circunstancias imprevistas que sean de tal naturaleza que la parte contraria según los criterios de la razón y de la equidad no pueda esperar el mantenimiento del contrato. A la modificación o resolución puede ser concedido efecto retroactivo.*

2.– *Una modificación o resolución no se pronuncia, en cuanto las circunstancias en virtud de la naturaleza del contrato o de las concepciones que rigen en el tráfico jurídico corran por cuenta del que las invoque.*

3.– *Para la aplicación de este artículo equivale aquél al que haya pasado un derecho o una obligación, a una parte en ese contrato”.*

³⁰ El §313 dispone: “1.– *Si hubiesen cambiado de forma importante las circunstancias que servían de base al contrato una vez celebrado el mismo, y las partes no lo hubiesen pactado, o lo hubieran hecho con otro contenido de haber previsto este cambio, en tal caso se puede solicitar la adecuación del contrato, siempre que no se pueda imponer a una parte el mantenimiento del mismo sin variación, teniendo en consideración todas las circunstancias, especialmente el reparto del riesgo contractual o legal.*

2.– *Se equipara a la alteración de las circunstancias el hecho de que importantes expectativas que se hubiesen convertido en la base del contrato resultaran falsas.*

3.– *Si no es posible una adecuación del contrato o éste no se le puede imponer a una de las partes, podrá pedir la parte perjudicada la resolución del contrato. Cuando se trata de relaciones obligatorias duraderas se tendrá, en lugar del derecho de resolución, el derecho de desistimiento”.*

³¹ El art. 1198 dispone, en su pfo. 1º: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.*

El pfo. 2º añadido presenta el siguiente tenor literal: “*En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.*

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

³² Art. 672: “*En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.*

La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa. Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la manera de ejecutarlo”.

³³ Art. 868. “*Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.*

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique: en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

³⁴ Art. 1440. “Definición

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas”.

civil brasileño de 2002 (que entró en vigor el 11 de enero de 2003 en sustitución del de 1916)³⁵. En nuestro país, destacamos especialmente la Ley 493, pfo. 3º del Fuero Nuevo, Compilación de Derecho civil foral de Navarra de 1973³⁶.

La figura de la excesiva onerosidad (“hardship”)³⁷ ha sido recepcionada, tanto por los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (revisados en 2004 y que pese a carecer de fuerza vinculante, constituyen, sin duda, un importante referente para los legisladores nacionales)³⁸, como por los Principios del Derecho Europeo de Contratos³⁹ y el Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos⁴⁰.

Art. 1441. “*Extensión de la excesiva onerosidad de la prestación*
Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:

1. *A los contratos comutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.*

2. *A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato”.*

Art. 1442. “*Excesiva onerosidad en contratos con prestación de una parte*

Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad.

Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440”.

Art. 1443. “*Imprudencia de la acción por excesiva onerosidad*

No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada”.

Art. 1444. “*Nulidad de la renuncia a la acción*

Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación”.

Art. 1445. “*Caducidad de la acción*

La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440”.

Art. 1446. “*Plazo de caducidad*

El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”.

³⁵ Art. 478. “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

Art. 479. “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

Art. 480. “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”. *Vid.* AL MUREDEN, E.: “La sopravvenienza contrattuale nel nuovo Codice civile brasiliano”, en *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, fasc. 2 pp. 235-245.

³⁶ Ley 493, pfo. 3º FNN: “... Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”.

³⁷ MARCHAL ESCALONA, N.: “La cláusula de hardship en la contratación internacional”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002, pp. 75-104.

³⁸ Art. 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato”.

“Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, es parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship)”.

Art. 6.2.2. (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))

“Hay ‘excesiva onerosidad’ (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (c) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”

Art. 6.2.3. (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))

(1) En caso de “excesiva onerosidad (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

- (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
- (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio”.

³⁹ Conforme al art. 6.111 de PECL, “Cambio de circunstancias”:

(1) La parte está obligada a cumplir sus obligaciones aunque el cumplimiento se haya hecho más oneroso, bien porque el coste del cumplimiento se haya incrementado, bien porque el valor de lo que reciba como cumplimiento haya disminuido.

(2) Sin embargo, si el cumplimiento del contrato llega a ser excesivamente oneroso por el cambio de circunstancias, las partes están obligadas a entablar negociaciones para adaptar el contrato o poner fin al mismo, siempre que:

De un estudio comparativo de las distintas disciplinas legales sobre la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, podemos deducir cuáles son los presupuestos esenciales para su aplicación. Son, sucintamente, los siguientes:

1.- Que la excesiva onerosidad se presente en contratos de ejecución futura, bien en los contratos de tracto único pero de cumplimiento diferido, o bien en los de tracto sucesivo de ejecución continuada o periódica⁴¹.

2.- Sobreveniencia de circunstancias de carácter extraordinario e imprevisible⁴².

3.- Alteración de las circunstancias constitutivas del contrato durante el tiempo de cumplimiento, no resultando aplicable retroactivamente a la parte del contrato ya ejecutada⁴³.

a) el cambio de circunstancias haya ocurrido después del momento de la conclusión del contrato, b) la posibilidad de un cambio de circunstancias no hubiera debido ser razonablemente tenida en cuenta en el momento de la conclusión del contrato, y

c) el riesgo de cambio de las circunstancias no es de aquellos que, según el contrato, la parte afectada debe soportar.

(3) Si las partes no llegan a alcanzar un acuerdo en las negociaciones según el artículo anterior dentro de un plazo razonable, el tribunal puede:

a) dar por terminado el contrato en la fecha y los términos que el propio tribunal establezca; o

b) adaptar el contrato para distribuir entre las partes de un modo justo y equitativo, las pérdidas y ganancias resultantes del cambio de circunstancias.

En cualquier caso, el tribunal puede otorgar una indemnización por las pérdidas sufridas a causa de la negativa de una de las partes a negociar o de la ruptura de las negociaciones que sea contraria a la buena fe y a la lealtad”.

⁴⁰ Su art. 97, bajo la rúbrica “Obligaciones que no pueden considerarse incumplidas” dispone:

“1. No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia, otorguen al deudor —como lo prevé el artículo 157— el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe no obstante, haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto por el artículo 96, letra a).

2. Tampoco hay incumplimiento de la obligación si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; pero si en el contrato aparece explícita o implícitamente que se incluye una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato”.

⁴¹ Art. 1467 *Codice civile*; art. 1198.2º argentino; art. 868 del C. com. colombiano, el cual, *in fine*, señala expresamente que dicha regla “no se aplicará ... a los contratos de ejecución instantánea”, por su parte, la Ley 493.3º FNN habla de “...obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo...”, lo que plantea la duda de cuándo el plazo merece el calificativo de “largo” (acerca de la cuestión, ver la opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ.: “La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo”, cit., p. 52); curioso resulta lo dispuesto por el art. 1441 del C.c. peruano, el cual permite la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación “a los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes haya sido diferida por causa no imputable a ella”; art. 478 del C.c. brasileño. Por su parte, los Principios UNIDROIT no especifican a qué modalidad contractual concreta es aplicable la *hardship*, ni tampoco los Principios del Derecho Europeo de los Contratos.

⁴² Los términos “extraordinario” e “imprevisible” son utilizados por el art. 1467 *Codice civile*. Al respecto, según la doctrina y jurisprudencia italianas, el carácter extraordinario es de naturaleza objetiva (por tanto, para cualquier persona), en tanto que el carácter imprevisible tiene una raíz subjetiva (que afectaría al sujeto directamente obligado). Al respecto, *vid.* ZINGALES: “La risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per eccessiva onerosità”, cit., p. 698 y S. Cass., sez. II, sent. 23 febbraio 2001 n. 2661. En relación a la imprevisibilidad, la S. Cass. n. 2116/1952 afirma que aquélla no se refiere sólo al acaecimiento del evento, sino también a su cantidad o dimensiones. Acerca del carácter imprevisible del evento, señala BESSONE, M.: “*Ratio legis* dell’art. 1467 Cod. Civ., risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto (Nota a cass. 17 maggio 1976, n. 1738)”, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1979, pp. 1-7 que debe asumirse como índice de la previsibilidad de los hechos sobrevenidos los índices de valoración del “hombre medio”; acerca de la cuestión, también MARSEGLIA, C.: “Eccessiva onerosità della prestazione e scioglimento del contratto con prestazioni corrispettive (Nota a Cass. sez. III civ. 19 ottobre 2006, n. 22396)”, en *I Contratti*, 2007, pp. 561-565.

Los mismos términos son, asimismo, empleados por el art. 1198.2º del C.c. argentino, el art. 1440 peruano y el art. 478 brasileño. En cambio, la Ley 493 FNN se refiere a circunstancias “imprevistas”, no “imprevisibles”, al igual que el art. 258 holandés, en tanto que el art. 868 del C. de com. colombiano habla de circunstancias “extraordinarias, imprevistas o imprevisibles”; el art. 6.2.2. de los Principios UNIDROIT exige que los eventos “escapen al control de la parte en desventaja”.

Por su parte, si bien el §313 del BGB, en su párrafo 1º, no hace expresa mención a la imprevisibilidad, parece que ha entenderse incluida en el precepto en la medida en que el mismo habla de aquellos cambios que de haber sido previstos por las partes, éstas no hubiesen celebrado el contrato o se hubiese celebrado con otro contenido.

⁴³ Se refieren expresamente a que la resolución contractual no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas el art. 1198.2º argentino y el art. 1440 peruano. El art. 259 del C.c. holandés es el único que reconoce efectos retroactivos.

Además, en caso de resolución del contrato por frustración del fin del contrato, nuestro TS ha declarado en varias ocasiones que, al igual que en el caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación, no procede la indemnización de daños y perjuicios, puesto que no ha existido incumplimiento (entre otras, SSTS. de 14 diciembre 1992 [RJ 1992, 10400], 7 y 23 de febrero [RJ 1994, 1257]

4.- Alteración fundamental y grave del contenido económico del contrato o de la proporcionalidad entre las prestaciones⁴⁴.

5.- Excesiva onerosidad de ejecución de la prestación para una de las partes contratantes⁴⁵, de manera que la resolución contractual no puede ser solicitada si la onerosidad sobrevenida de la prestación entra en los límites del alea normal del contrato en cuestión y que las partes deben asumir en atención a la distribución de riesgos legal o acordada por ellas⁴⁶. En consecuencia, este remedio no es aplicable a los contratos aleatorios, bien por su naturaleza (vgr. el contrato de seguro o renta vitalicia), bien por voluntad expresa de las partes (vgr. la *emptio spei*)⁴⁷.

6.- Actuación de buena fe del contratante que invoca la resolución contractual⁴⁸, quien no puede estar incurso en mora⁴⁹.

En cuanto a los efectos, si concurren todos los requisitos apenas enumerados, la parte contratante en desventaja puede pedir la modificación judicial del contrato o, en su caso, la resolución del mismo. Creemos que es éste el orden que ha de seguirse, puesto que es el más acorde y respetuoso con el principio de autonomía de la voluntad e inmutabilidad del contrato, de ahí que la fórmula utilizada por la Ley 493.3 FNN nos parezca muy acertada "...podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución", mucho más que la italiana, puesto que el art. 1467 in fine del Codice civile se inclina por la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, si bien la parte contra la cual ha sido solicitada la resolución "puede" evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato, de modo que la regla general es la resolución y la revisión o reajuste es sólo una facultad (y no un deber, como, en nuestra modesta opinión, debería configurarse *ex fide bona*⁵⁰) de la parte demandada. En aras del principio de conservación del negocio (*favor contractus*), respeto a lo pactado y a la buena fe contractual,

y 20 de abril de 1994 [RJ 1994, 3216], 21 de julio [RJ 2003, 5146], 11 de noviembre [RJ 2003, 8407] y 16 de mayo de 2003 [RJ 2003, 4957], 23 de enero [RJ 2006, 2948] y 21 de abril de 2006 [RJ 2006, 1876].

⁴⁴ Si bien la mayoría de las legislaciones aluden a la "excesiva onerosidad", es la Ley 493.3 FNN la que, con mayor detalle, exige una alteración fundamental y grave del contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, lo que permite aplicar lo dispuesto tanto a las obligaciones unilaterales como a las bilaterales, tal y como subraya MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ.: "La revisión de las obligaciones...", cit., pp. 54-55, si bien el Código italiano dedica su art. 1468 a los contratos unilaterales, disponiendo la reducción de la prestación o la modificación de la modalidad de la prestación suficiente para reconducirla a la equidad; el art. 437 luso, por su parte, se limita a utilizar la expresión "alteración anormal" y el art. 478 brasileño alude a la excesiva onerosidad para una de las partes "con extrema ventaja para la otra". Por su parte, el art. 6.2.2. de los Principios UNIDROIT, se refiere a la alteración fundamental del equilibrio del contrato "bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido". Por su parte, resulta interesante la precisión que hace el §313.2, que equipara a la alteración de las circunstancias "el hecho de que importantes expectativas que se hubiesen convertido en la base del contrato resultarían falsas".

⁴⁵ Como parámetros útiles para conocer cuándo estamos ante una "extraordinaria onerosidad de cumplimiento", MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ.: "La revisión de las obligaciones...", cit., pp. 56-57 sugiere la idea de recurrir a los límites cuantitativos de la rescisión por lesión.

⁴⁶ Por tanto, el reparo del riesgo contractual es el índice de medida de la función de intercambio. Para más estudio, *vid.* GABRIELLI, E.: "Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale (Nota a Cass. sez. II civ. 15 dicembre 1984, n. 6574)", en *Giurisprudenza italiana*, 1986, pp. 1705-1718; CALCATERRA: "Risoluzione per eccessiva onerosità", cit., p. 83, quien señala que no parece posible individualizar, según criterios predeterminados, el punto a partir del cual la onerosidad ha de considerarse excesiva, por consiguiente, corresponde al juez, caso por caso, establecer cuándo dicho punto puede considerarse superado; de idéntico parecer, ZINGALES: *Op. cit.*, p. 699.

⁴⁷ Tal exclusión la hace explícitamente el art. 1469 *Codice civile* y e. art. 868 del C. de c. colombiano; no, en cambio, la Ley 493 FNN. Al respecto, se pronuncia MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ.: *Op. cit.*, p. 53, quien, de acuerdo con ALBALADEJO, considera que la revisión o resolución procedería también en los contratos aleatorios, "cuando la aleatoriedad no consista precisamente en el cambio de circunstancias". En este sentido, con absoluta claridad, se expresa el pfo° 2° del art. 1198 argentino: "...El mismo principio de aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato" y en idénticos términos el art. 1441 del C.c. de Perú.

⁴⁸ Para CALCATERRA: "Risoluzione per eccessiva onerosità", cit., pp. 1510-1511, existe una carga para el deudor fundada en el deber de cumplimiento del contrato de buena fe *ex art.* 1375 *Codice civile*, esto es, de no agravar su propia posición, la cual habría violado, sin duda, quien, con la propia conducta, determine una causa de resolución del contrato por excesiva onerosidad, en cuyo caso no podrá invocar la aplicación de la resolución *ex art.* 1467 C.c.

⁴⁹ Contemplan expresamente la imposibilidad de que el deudor culposo o moroso pretenda la resolución del contrato por excesiva onerosidad el art. 438 portugués, el art. 1198.2° argentino y el art. 1443 peruano. En Italia, ante el silencio legal, la Cass. 27.4.1982, n. 2615 declara: "L'eccessiva onerosità della prestazione, sopravvenuta durante la mora di uno dei contraenti, non legittima il contraente inadempiente a chiedere la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1467 c.c."

⁵⁰ Recuérdese que incluso el art. 6.111 *in fine* de los Principios del Derecho Europeo de Contratos contemplan la posibilidad de que el Tribunal otorgue una indemnización por daños si la parte rehúsa negociar o rompe las negociaciones contra la buena fe y la lealtad.

han de agotarse todas las posibilidades con el fin de eludir la destrucción del mismo y sólo en caso de imposibilidad de la *reductio ad aequitatem* del contrato, se daría paso a su resolución. Nos parece, por consiguiente, muy positiva la previsión legal de remedios jerarquizados, esto es, la imposición normativa de la renegociación contractual con preferencia a la extinción del vínculo obligacional⁵¹.

3.- EL ARTÍCULO 1213 DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

La obsolescencia de nuestro viejo Código civil en materia de obligaciones y contratos ha conducido a que, a la vista de los innegables cambios socioeconómicos acaecidos desde 1889 y de las tendencias normativas existentes en los países de nuestro alrededor, finalmente, el Ministerio de Justicia publicase en enero de 2009 una Propuesta de Modernización de dicho texto elaborada por la Comisión General de Codificación (Sección civil)⁵². La conveniencia de dicha reforma es, como reconoce su propia Exposición de Motivos, “indiscutible”⁵³.

Por lo que aquí nos atañe, en dicha Propuesta se introduce en el Libro IV del C.c. un Capítulo VIII, que lleva por rúbrica “De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato” y que está integrado por un único precepto, el art. 1213, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

Repárese en que la Propuesta no circunscribe la solución jurídica en estudio a ninguna modalidad contractual en particular⁵⁴, de modo que, al utilizar una fórmula abierta y genérica, resulta, en principio, aplicable a todos los contratos en los cuales el factor tiempo juegue un relevante papel.

La redacción del precepto proyectado toma inspiración, enriqueciéndose, indudablemente, de lo dispuesto por otras legislaciones civiles y, así, acoge la expresión alemana de la “base del contrato”; los términos italianos de “extraordinaria e imprevisible” para calificar la alteración o cambio de las circunstancias bajo las cuales se celebró el contrato y la “excesiva onerosidad” que aquéllas provocan; así como la anglosajona “frustración del fin del contrato”.

A semejanza de la norma navarra, el art. 1213 de la Propuesta no se limita a que la alteración extraordinaria e imprevisible provoque una excesiva onerosidad para una de las partes contratantes, sino que añade que también puede resultar una frustración del fin del contrato. Ello unido a que el precepto no se ciñe a un determinado tipo de contratos y que, además, la excesiva onerosidad ha de tenerse en cuenta cuando supere la distribución de riesgos no sólo legal sino también contractual, ha de concluirse que el art. 1213 resulta operativo, en principio, a todos los contratos sin exclusión, por tanto, sería aplicable también a los contratos instantáneos pero de ejecución diferida por razón no imputable

⁵¹ En opinión de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Fundamentos...*, cit., p. 1081, “la resolución por excesiva onerosidad o por desaparición de la base del negocio debe considerarse como regla general cuando la relación obligatoria es sinalagmática. Existe entonces una facultad que se atribuye a la parte perjudicada por el evento sobrevenido. Esta parte es quien puede optar entre cumplir el contrato en sus propios términos o demandar su resolución.

El reajuste o la revisión judicial del contrato, que lo reconduzca a la equidad, puede ser excepcionalmente aplicado en las relaciones obligatorias simples o con obligaciones a cargo de una sola de las partes cuando el daño provenga de una excesiva onerosidad sobrevenida”.

⁵² Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII, enero 2009 (<http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldescarga1&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=SuplementoInformativo&blobwhere=1161679155283&ssbinary=true>).

⁵³ Exposición de Motivos, I.

⁵⁴ Al igual que el art. 6.2.1 de los principios UNIDROIT y el art. 6.111 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos.

al contratante, a los contratos unilaterales y a los aleatorios, si la base de los mismos resultase seriamente alterada.

No alude la norma a la imposibilidad de su aplicación en caso de que el contratante perjudicado hubiese provocado intencionadamente la alteración radical de las circunstancias básicas del contrato o estuviese incurrido en mora, si bien creemos que ello resulta implícito a tenor del principio general de la buena fe contractual, pilar esencial del tráfico jurídico-patrimonial⁵⁵. De ser ésta la postura adoptada por el legislador⁵⁶, con el fin de evitar ulteriores imprecisiones y dudas al respecto, sugerimos su especificación legal.

Tampoco dispone que la revisión o resolución contractual se extienda sólo a las prestaciones sucesivas pendientes de ejecución, esto es, dejando intactos los efectos producidos hasta entonces dado que la relación jurídica que se resuelve ha existido y desplegado virtualidad en el período que se extiende desde su nacimiento hasta la resolución, de tal modo que las cantidades pendientes de pago ya no se deberán, pero las cantidades ya pagadas no se restituirán. Salvo que el legislador no haya querido deliberadamente adoptar dicho criterio y no excluir a priori una posible retroactividad de requerirlo así el concreto caso controvertido⁵⁷, creemos que sería conveniente incorporar dicha precisión a la futura norma, puesto que ello evitaría la interposición de pleitos con pretensión de resolución ex tunc del contrato de gravoso cumplimiento y consiguiente devolución de las prestaciones ya ejecutadas.

Tampoco aclara la norma, frente a la prolijidad que en este punto ofrecen los PECL, la forma de conseguir la revisión o el reajuste⁵⁸.

Es, sin lugar a dudas, un gran acierto de la reglamentación propuesta el carácter prioritario de la renegociación o revisión contractual con el fin de restaurar la reciprocidad de intereses del contrato y sólo cuando ello no sea posible o no pueda imponerse a una de las partes contratantes, se declara resuelto o terminado el contrato⁵⁹. Con ello se intenta abrazar nuestra tradición jurídica plasmada en el principio *pacta sunt servanda* y conservación del negocio (*favor contractus*) contemplándose, primeramente, la intervención mínima en el contenido contractual, al tiempo que se flexibiliza el excesivo rigor de la inmutabilidad absoluta del acuerdo contractual permitiendo la resolución del contrato, si bien reservándola excepcionalmente sólo a aquéllos casos extremos que, verdaderamente y a criterio del juzgador, así lo exijan.

Se trata de un plausible esfuerzo por intentar dar solución a un problema en el cual están implicadas consideraciones no sólo de índole doctrinal, sino, sobre todo, de orden eminentemente práctico, especialmente, en el escenario económico actual, razón por la cual es absolutamente necesaria la consagración legal del expediente jurídico de la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato. De este modo, su tipicidad o plasmación positiva conferiría mayor seguridad jurídica y menos recelos a la hora de su aplicación por nuestros jueces y tribunales⁶⁰.

⁵⁵ Para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. M.^a: “La Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2130, abril de 2011 (www.mjusticia.es/bmj), el fundamento del art. 1213 parece estar en la buena fe contractual, “porque ante una situación como la descrita de alteración de las circunstancias con onerosidad para una parte o frustración del eventual contrato, no actúa lealmente la parte que se opone”.

⁵⁶ Tal vez el legislador prefiera alinearse con lo dispuesto en el art. 97 del Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos, el cual permite la posibilidad de que un deudor moroso tenga derecho a la renegociación del contrato.

⁵⁷ Si bien ello nos parecería extraño, puesto que la mayoría de las legislaciones civiles se inclinan por la modificación o resolución *ex nunc*, es preciso recordar que la retroactividad es contemplada por el C.c. holandés.

⁵⁸ Así lo indica DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: “La Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, cit., (www.mjusticia.es/bmj).

⁵⁹ La regla de la renegociación es, asimismo, prevista por el art. 1135 del *Avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et de la prescription* (http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_et_expose_des_motifs.pdf).

⁶⁰ Como señala la STSJ. Navarra de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995\4330), “a diferencia del Código Civil, en el Fuero Nuevo se contiene norma expresa que regula los efectos y aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus», de donde ha de concluirse que en nuestro sistema privativo no supone construcción jurisprudencial ni, ha de interpretarse con los evidentes recelos que la aplicación en tal sentido suele encerrar” (FJ 4º).

En este sentido se pronuncia SALVADOR CODERCH, P.: “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos”, en *Indret*, núm 4, 2009 y en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 65, N.º 2130, 2011, para quien “la regla sobre alteración de las circunstancias se incorporaría al derecho positivo y

Los actuales requerimientos del tráfico contractual precisan de la urgente modernización de nuestro rancio Derecho Contractual.

dejaría de ser doctrina legal, es decir, jurisprudencia, la cual y por su propia naturaleza está sujeta a cambios –precisamente jurisprudenciales– por motivos razonados, a juicio de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”. El citado autor añade: “Y, consecuentemente, la positivación de la regla conllevaría la desaparición de la primera y fundamental cautela sobre el carácter alegal de la cláusula, tradicionalmente antepuesta por el Tribunal Supremo a cualquier otra consideración sobre su aplicabilidad”, destacando la importancia práctica de la consagración legal de dicho mecanismo jurídico: “Por la misma razón, dejaría de ser una doctrina basada en la equidad (art. 3.2. C.c.). Pasaría a estarlo en el derecho positivo y bastaría la referencia al art. 1213 o a su equivalente en el texto definitivo para constituir un Fundamento de Derecho”.

4.- BIBLIOGRAFÍA

- ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “Problemas de la alteración sobrevinida de las circunstancias del contrato en la Unificación del Derecho Europeo”, en *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Ossorio Serrano (coord.), 2005, pp. 57-62.
- AL MUREDEN, E.: “La sopravvenienza contrattuale nel nuovo Codice civile brasiliano”, en *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, fasc. 2, pp. 235-245.
- AMBROSOLI, M.: *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002.
- BADENES GASSET, R.: *El riesgo imprevisible*, Barcelona, 1946.
- BANFI DEL RÍO, C.: “Notas sobre la excesiva onerosidad sobreviniente en Derecho Privado Comparado”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 6, 2006, pp. 29-50.
- BELLI, G.: “Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta”, en *Obbligazioni e contratti*, 2012, fasc. 3, pp. 216-220.
- BELTRAN DE HEREDIA ONIS, P.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990.
- BESSONE, M.: *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.
- BESSONE, M.: “Ratio legis dell’art. 1467 Cod. Civ., risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto (Nota a cass. 17 maggio 1976, n. 1738)”, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1979, pp. 1-7.
- BOSELLI, A.: *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952.
- BOSELLI, A.: Voce “Eccessiva onerosità”, en *Novissimo Digesto Italiano*, VI, 1960.
- CAGNASSO, O.: “Appunti in tema di sopravvenienza contrattuale e svalutazione monetaria (Nota a trib. torino 14 dicembre 1979)”, en *Giurisprudenza italiana*, 1980, pp. 416-422.
- CALCATERRA, D.: “Risoluzione per eccessiva onerosità”, en *Studium iuris*, 2001, pp. 1510-1511 e *ibidem*, 2002, p. 83.
- CALDERALE, A.: “Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel Diritto Luso-Brasiliano”, en *I Contratti*, 2012, fasc. 6, pp. 527-539.
- CANDIL, F.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Madrid, 1946.
- CARRASCO PERERA, A.: “Equidad; cláusula rebus sic stantibus; nominalismo en deudas de dinero”, en *CCJC*, núm. 8, 1985, pp. 2581-2590.
- CASELLA, G.: *La resolución del contrato per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 2001.
- COGLIOLO, P.: *La così detta clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di Diritto privato*, Torino, 1925, Vol. I.
- CRICENTI, G.: “Inadempimento, eccessiva onerosità e ruolo della buona fede (Nota a Trib. Catania 27 novembre 1992)”, en *Giurisprudenza di merito*, 1993, pp. 628-632.
- CRISTOBAL MONTES, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, 2003.
- DE MARCHI, G.: “Risoluzione del mutuo per eccessiva onerosità sopravvenuta”, en *Vita notarile*, 1987, pp. 502-521.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. M^a.: “La cláusula ‘rebus sic stantibus’”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 26, 1996, pp. 669-686.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. M^a.: *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, Vol. II, *Las Relaciones Obligatorias*, 6^a ed. 2008.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. M^a.: “La Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, abril de 2011 (www.mjusticia.es/bmj).
- DI BLASI, C.: *La clausola rebus sic stantibus nel nuovo codice civile e nelle prime applicazioni della giurisprudenza*, in *Giur. It.*, 1949, I, pp. 132 y ss.
- ESPERT SANZ, V.: *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1966.
- FERRI, G. B.: *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Quadrimestre*, 1988, pp. 54 y ss.
- GABRIELLI, E.: “Tipo negoziale, prevedibilità dell’evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale (Nota a Cass. sez. II civ. 15 dicembre 1984, n. 6574)”, en *Giurisprudenza italiana*, 1986, pp. 1705-1718.
- GALLO, P.: *Soprapvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.
- GIOVENE, A.: *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza (la dottrina della clausola rebus sic stantibus)*, Padova, 1941.
- GORLA, G.: *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934.
- JORDANO FRAGA, F.: “Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español”, en *ADC*, 1985, fasc. II, pp. 275-400.
- MACARIO, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- MACARIO, F.: “Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all’obbligo di rinegoziare”, en *Riv. Dir. Civ.*, ene.-feb. 2002, pp. 63 y ss.
- MARCHAL ESCALONA, N.: “La cláusula de hardship en la contratación internacional”, en *Revista de la Corte Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002, pp. 75-104.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 30, 2000, pp. 47-59.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M^a.: *La alteración de las circunstancias contractuales*, Madrid, 2003.
- MARSEGLIA, C.: “Eccessiva onerosità della prestazione e scioglimento del contratto con prestazioni corrispettive (Nota a Cass. sez. III civ. 19 ottobre 2006, n. 22396)”, en *I Contratti*, 2007, pp. 561-565.
- MASTROILLI, A.: “Sopravvenienza imputabile ed eccessiva onerosità (Nota a Cass. sez. II civ. 23 febbraio 2001, n. 2661)”, en *Il Foro italiano*, 2001, pp. 3254-3259.
- MENEZES CORDEIRO, A.: “Da alteração das circunstâncias”, en *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, pp. 293 y ss.
- OSTI, G.: voce “Clausola rebus sic stantibus”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Torino, 1959.
- PINO, A.: *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padua, 1952.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. 2, vol. I, Barcelona, 1954.
- ROPPO, E.: “Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e ‘frustration of contract’ (in margine ad un ‘caso di Suez)”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, pp. 1239-1263.
- ROSSETTI, M./BALLETTI, C./MARTINO, V.: *Risoluzione, inadempimento, impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità*, Torino, 2000.
- SALVADOR CODERCH, P.: “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos”, en *Indret*, núm 4, 2009 y en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 65, N° 2130, 2011.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: “La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea”, en *ADC*, vol. 55, núm. 3, 2002, pp. 1115-1132.
- TARTAGLIA, P.: Voce “Onerosità eccessiva”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXX, Milano, 1980, pp. 157 y ss.
- TARTAGLIA, P.: *Eccessiva onerosità e l'appalto*, Milano, 1983.
- TERRANOVA, C. G.: *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Commentario diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1995.
- VIVAS TESÓN, I.: “La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2010, pp. 133-154.
- VIVAS TESÓN, I.: “La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación”, en *Ejecución hipotecaria: solución a tiempos de conflicto*, SALAS CARCELLER, A. (coord.), 2012, pp. 123-150.
- ZINGALES, U.: “La risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per eccessiva onerosità”, en *Diritto e formazione*, 2005, pp. 691-703.

LA DACIÓN EN PAGO Y EL DEUDOR HIPOTECARIO: ¿MEDIDAS DE PROTECCIÓN?

El Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos

Prof. Dra. D^a. María Raquel Belinchón Romo
Profesora de Derecho Civil
Centro de Estudios Superiores Felipe II de Aranjuez
Universidad Complutense de Madrid

Fecha de recepción: 4 de marzo de 2013
Fecha de aceptación: 4 de abril de 2013

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO, ARTICULADAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 1. INICIATIVAS PARLAMENTARIAS PREVISORAS DE LA DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HABITUAL HIPOTECADA. A. PROPOSICIÓN DE LEY DE REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO, DE PARALIZACIÓN DE LOS DESAHUCIOS Y DE ALQUILER SOCIAL, PRESENTADA POR INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR (ILP). B. OTRAS PROPOSICIONES DE LEY PRESENTADAS POR LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS: GRUPO PARLAMENTARIO CATALÁN Y GRUPO DE LA IZQUIERDA PLURAL. II.- EL REAL DECRETO-LEY 6/2012 DE 9 DE MARZO, SOBRE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS. 1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. DISPOSICIONES LEGISLATIVAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DEUDOR. 2. EL REAL DECRETO-LEY 6/2012 DE 9 DE MARZO, SOBRE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS.

RESUMEN: La dación en pago es una institución en auge, aunque podemos afirmar que desgraciadamente, dentro de nuestro panorama económico y social, en la medida en que con ella se trata de dar alguna salida a aquellas personas que no pudiendo devolver el préstamo solicitado para la adquisición de una vivienda, desean desvincularse del mismo, intentado que la entidad financiera admita, en concepto de pago, el bien que se adquirió con la cuantía de dicho préstamo, más si ese préstamo aparece garantizado con un derecho real como es el de hipoteca.

En el momento actual, y antes de entrar al análisis de la única medida que hasta ahora tiene vigencia en el ámbito jurídico español, esto es, el Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, debemos tener presente la proposición de ley, admitida a trámite, sobre regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social.

ABSTRACT: The dation in payment (accord and satisfaction) is an institution in rise, although we can affirm that unfortunately, in our economic and social panorama, as with it it's been trying to give some way out to those people that couldn't repay the loan requested for the acquisition of a housing, and now they wish to be detached from it, trying that the financial institution admit, as payment concept, the good that was acquired with the amount of the loan, specially if that loan appears guaranteed with a royal right as the mortgage.

At the present time, and before beginning the analysis of the only measure that so far has validity in the Spanish legal field, this is, the Royal Decree-Law 6/2012 of 9 March, of urgent measures to protect mortgage debtors without resources, we must consider the draft law, admitted for processing, about regulation of dation in payment, to stop evictions and social rent.

PALABRAS CLAVE: Dación en pago pro soluto, responsabilidad universal del deudor, hipoteca

KEYWORDS: Dation in payment pro soluto, universal responsibility of the debtor, mortgage

ARTÍCULO DOCTRINAL

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO, ARTICULADAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Cuando me encargaron escribir este artículo, la verdad es que se me pasó por la cabeza una conversación que tuve con mi maestro, en el momento en el que decidimos la elección del tema de la tesis doctoral que ya defendí en el año 2005. En aquel momento parecía que este tema no iba a tener proyección más allá de lo que era esa tesis doctoral; sin embargo, y desgraciadamente, la dación en pago es una institución en auge, dentro de nuestro panorama económico y social, en la medida en que con ella se trata de dar alguna salida a aquellas personas que no pudiendo devolver el préstamo solicitado para la adquisición de una vivienda, desean desvincularse del mismo, intentado que la entidad financiera admita, en concepto de pago, el bien que se adquirió con la cuantía de dicho préstamo, más si ese préstamo aparece garantizado con un derecho real como es el de hipoteca.

1. INICIATIVAS PARLAMENTARIAS PREVISORAS DE LA DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HABITUAL HIPOTECADA.

En el momento actual, y antes de entrar al análisis de las diferentes medidas que hasta ahora tienen vigencia en el ámbito jurídico español, esto es, el Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, complementado por el Real Decreto-Ley 27/2012 de 15 de noviembre de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, debemos tener presente la proposición de ley, presentada por ILP y admitida a trámite, sobre regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social. Ésta fue presentada el 13 de diciembre de 2011, calificada el 31 de diciembre de este mismo año y votada el 12 de febrero de 2013, con el resultado de “Toma en consideración”, por 334 votos a favor, 0 en contra y 1 abstención.

A) PROPOSICIÓN DE LEY DE REGULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO, DE PARALIZACIÓN DE LOS DESAHUCIOS Y DE ALQUILER SOCIAL, PRESENTADA POR INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR (ILP).

En este sentido, y si tenemos presente la exposición de motivos de esta proposición de ley, es necesario poner de manifiesto el hecho consistente en la concesión abusiva de créditos hipotecarios por parte de las entidades financieras; si a ello le unimos la concurrencia de otros factores como son el estancamiento de los salarios, el aumento del precio de la vivienda, o una deficiente supervisión por parte del Banco de España, reconocida por la propia Comisión Europea. Todos estos factores, llevaron a un sobreendeudamiento de las familias.

Es un hecho fehaciente el que las familias necesitan el establecimiento de mecanismos de ayuda, protección y resolución, dado que el sistema jurídico vigente implica una situación en el que las entidades financieras pueden proceder a la adjudicación de la vivienda por el 50% del valor de tasación y seguir exigiendo a los titulares del préstamo la cantidad restante, así como los intereses generados por dicha cantidad. Pierden sus viviendas, aún cuando siguen obligados a abonar la cantidad restante del préstamo concedida por la entidad para la adquisición del bien que sea, en aplicación, por otra parte, y sin irnos más lejos, del principio de la responsabilidad universal del deudor, contemplado, como bien sabemos, en el artículo 1911 del Código Civil.

Desgraciadamente, los artículos doctrinales que últimamente escribimos comienzan haciendo referencia a la grave crisis económica que, desde hace cuatro o cinco años, España está sufriendo; parece un tópico hablar de ella, sin embargo no lo es, en la medida en que la situación económica que están padeciendo algunas personas, sujetos de obligaciones, es muy grave, hasta el punto de perder la vivienda en la que tiene fijada su residencia

habitual, como consecuencia de, primero, la adquisición de la misma a partir de un préstamo solicitado a una entidad bancaria, garantizado mediante la constitución sobre la misma de un derecho real de garantía como es la hipoteca, y segundo, el impago de las cuotas resultantes del cuadro de financiación de dicha adquisición y consiguiente ejecución de dicha hipoteca, con la finalidad de tratar de recuperar, por parte de la entidad de crédito, el importe al que asciende el préstamo. En ello es en lo que consiste la base del funcionamiento de los derechos reales de garantía.

La iniciativa popular que presenta la proposición de ley señala, como solución a este acuciante problema, la dación en pago con eficacia pro soluto, de manera que cuando el bien inmueble sea entregado, se considere extinguida la deuda, junto con los intereses y las costas.

La redacción del artículo 1 de la proposición de ley que estamos analizando comienza con la dicción “Dación en pago en la ejecución hipotecaria”; en él se propone la adición de un cuarto párrafo al artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; lo que la iniciativa popular propone es que si lo ejecutado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá comparecer con carácter previo a la celebración de la subasta, solicitando la entrega del bien hipotecado en pago de la deuda garantizada, de forma que, el Tribunal, deberá dictar una resolución autorizando la entrega y acordando la adjudicación del inmueble al ejecutante en pago total del total de la deuda garantizada, extinguiéndose la misma junto con los intereses y las costas. De la misma manera, continúa este artículo, si subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. No obstante, en caso que el bien ejecutado sea la vivienda habitual del deudor, no se podrá iniciar la ejecución dineraria.

En este sentido, de lo que se trata es de respetar el principio de la responsabilidad universal del deudor, salvo cuando el bien hipotecado o pignorado venga constituido por la vivienda habitual, en cuyo caso, no se podrá iniciar la ejecución dineraria, como medida tendente a abonar al prestatario, la cantidad que falte, tras la ejecución del bien, prosiguiendo la ejecución conforme a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

En este punto, creo, sería posible llegar a la misma solución, si es que nos situamos en el ámbito de la denominada hipoteca de responsabilidad limitada, regulada en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, de 1946; es decir, el artículo 105 de la Ley Hipotecaria de 1946 hace referencia al principio, comúnmente conocido, de la responsabilidad universal del deudor, contemplado asimismo, en el ya mencionado artículo 1911 del Código Civil, en el sentido de que la hipoteca, al tiempo que podrá constituirse sobre todo tipo de obligaciones, no alterará la responsabilidad universal del deudor. Para que ello no sea de aplicación, será necesario que, de forma expresa, acreedor y deudor pacten la limitación de responsabilidad que le ofrece el artículo 140 de este mismo texto legal.

En este sentido, la denominada hipoteca de responsabilidad limitada tiene su fundamentación jurídica en ese artículo 140 LH, precepto éste que establece la posibilidad de que se pueda pactar válidamente, en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria, que la obligación garantizada pueda hacerse efectiva sólo con respecto a los bienes hipotecados, en cuyo caso, la responsabilidad del deudor, y por ende, la acción del acreedor, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, no alcanzando a los demás bienes del patrimonio del deudor.

De la misma manera, el artículo 12 LH establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Es por ello por lo que se parte de la base consistente en que es posible la limitación de la responsabilidad del deudor con respecto a los bienes hipotecados, siempre y cuando esa limitación responsabilidad sea establecida de manera expresa en el título constitutivo de la hipoteca, a efectos de ser inscrita en el registro de la propiedad; todo ello, con la finalidad de que, a ese supuesto de hecho, no le sea aplicable la responsabilidad universal del deudor.

En todo caso, el artículo 1 de esta proposición de ley habla de la dación en pago en la ejecución hipotecaria cuando, en la redacción de la disposición, señala la necesidad de que el tribunal autorice la adjudicación del inmueble al ejecutante en pago total de la deuda. En este punto, tenemos que ser escrupulosos en la terminología que utilizamos a la hora de designar a las diferentes instituciones jurídicas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, pues en él se regula tanto la dación como la adjudicación de bienes, en y para pago de deudas. En esta línea, LATOUR BROTONS¹, en el estudio que realiza sobre la dación en pago, señala que dación y adjudicación en pago no pueden usarse como categorías jurídicas sinónimas, pues se refieren a situación jurídicas diversas; el término “adjudicación” debe reservarse para los casos de adquisición de la propiedad por acto del Estado, bien sea a través de funcionario, autoridad, etc., o persona investida con las necesarias facultades por el ordenamiento jurídico².

Partiendo de lo anterior, en la adjudicación en pago de deudas, es necesaria la intervención de un tercer sujeto, investido de autoridad por parte del ordenamiento jurídico y cuya existencia no se posible apreciar en el ámbito de aplicación de la dación en pago de deudas³. En el caso de la dación en pago, la voluntad del acreedor es suficiente para que adquiera significación la dación en pago, mientras que en el caso de la adjudicación en pago de deudas, la intervención del tercero es imprescindible a efectos de atribuir al acreedor el bien que corresponda, dando por extinguida la obligación⁴.

Por otra parte, el artículo 2 de la proposición de ley, establece la prohibición, por lo que se refiere al lanzamiento del inmueble, cuando se trate de la vivienda habitual del ejecutado, siempre que el impago sea debido a motivos ajenos a la voluntad del deudor. Se prevé la posibilidad de que el deudor continúe residiendo en esa vivienda, en régimen de arrendatario, por una renta no superior al 30% de los ingresos mensuales del mismo y por un plazo máximo de cinco años.

Por último, el artículo 3, establece la aplicación retroactiva de lo regulado en ella, señalando que si en el momento de la entrada en vigor de esta norma (si es que llega a ser tal) no se ha producido la ejecución y, por tanto, no ha tenido lugar la subasta de la vivienda, les será de aplicación lo dispuesto en esta normativa; si, por el contrario, la ejecución ya se ha producido en el momento de la entrada en vigor de la norma, el ejecutante no podrá pedir la ejecución dineraria y si ésta ya se hubiese solicitado, se concede la posibilidad al secretario judicial de dar por terminada la ejecución, dando por extinguida la deuda, los intereses y las costas.

Es en este punto, en el que adquiere relevancia la norma objeto de estudio, en la medida en que se trata de intentar regular las condiciones de acceso a las daciones en pago de vivienda, tratando de obviar el principio de la responsabilidad universal del deudor recogido en el artículo 1911 del Código Civil.

¹ LATOUR BROTONS, J.: Notas sobre la dación en pago, en *Revista de Derecho Privado*, 1953; pág. 632 y ss.

² Por lo que se refiere a la confusión terminológica existente en esta materia, no solo es la Doctrina la que confunde ambas figuras, sino también la Jurisprudencia; como ejemplo de ello podemos citar sentencias como la de 9 de diciembre de 1943, la de 13 de febrero de 1989, la de 19 de junio de 1992 o la de 19 de octubre de 1992. En sentido contrario,

³ M. R. BELINCHÓN ROMO, *La dación en pago en el Derecho Español y en Derecho Comparado*. Editorial DYKINSON. Madrid, 2012; pág. 152.

⁴ Algunos ejemplos de adjudicaciones en pago de deudas, los encontramos en los artículos 615 del Código Civil o en el artículo 1432 de este mismo texto legal, el primero referido a la ocupación y el segundo referido a la satisfacción del crédito del cónyuge, en el ámbito del régimen de participación.

Como sabemos, la dación en pago es una figura con trascendencia para el ordenamiento jurídico, en función de la cual, se permite dar por extinguido el vínculo obligatorio, entregando al acreedor una prestación diferente de aquella inicialmente debida, cuando el acreedor haya aceptado, con carácter previo, atribuir eficacia extintiva al aliud, como consecuencia de la manifestación de su consentimiento a este respecto. En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS⁵ estima que la dación en pago es el acto en virtud del cual el deudor, voluntariamente, realiza, a título de pago, una prestación diversa de la debida al acreedor, quien consiente recibirla en sustitución de ésta⁶. En el mismo sentido se pronuncia, con respecto a la dación en pago, DÍEZ-PICAZO⁷: para éste la dación en pago se produce cuando el acreedor acepta, para el cumplimiento de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste. (...) En la dación en pago, la operación satisfactiva del interés del acreedor es una entrega o traspaso posesorio, realizado por el deudor, con bienes distintos de los inicialmente pactados⁸.

El Código Civil no regula expresamente la institución a la que se refiere este estudio, aunque reconoce su existencia, pues la misma aparece mencionada en diferentes artículos del Código como son, por ejemplo, el 1521 y el 1636; en todo caso, la admisión de esta figura en nuestro ordenamiento parte de la base de uno de los principios objetivos del cumplimiento de las obligaciones como es el de identidad de la prestación; este principio, recogido en el artículo 1166 del Código Civil establece la necesidad consistente en que el deudor no pueda obligar a su acreedor a recibir una prestación diferente de aquella inicialmente debida, aunque fuese de igual o mayor valor que la debida; tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor. De ello, es posible deducir el hecho consistente en que si el deudor cuenta con el consentimiento del acreedor, será posible dar por extinguida la obligación, realizando una prestación distinta de aquella inicialmente debida, dado que, en caso contrario, si realizamos una prestación diferente, nos estaríamos situando en el ámbito del incumplimiento de la obligación, al quebrase el principio de identidad de la prestación.

Una vez producida la dación en pago de un bien, la eficacia desplegada por esa operación será la inmediata extinción de la obligación, así como de los derechos accesorios que la acompañasen, aún cuando se permita la posibilidad de ver renacer el crédito originario, en el supuesto en el que el acreedor no vea satisfechos sus propios intereses; aún cuando tales derechos accesorios no resurjan a la vida jurídica, si es que consideramos de aplicación el artículo 1849 del Código Civil, el cual señala la liberación del fiador, en el caso en que el acreedor acepte en pago de la deuda, un bien distinto al debido inicialmente, aún cuando el acreedor lo pierda por evicción⁹.

Desconocemos cuál deba de ser la fórmula que se adopte a efectos de suavizar la situación en la que se desgraciadamente se encuentran las personas que se vean privadas de su vivienda, como consecuencia del impago del préstamo garantizado con hipoteca, aunque creo que, en todo caso, dicha fórmula para suavizar las exigencias de la ejecución hipotecaria, que, por otra parte, son demoledoras para los desahuciados, será dejar la puerta abierta a la dación en pago, pero limitada al sector de población más desfavorecido, y solo cuando se hayan agotado todas las formas de negociación y reestructuración de su deuda. Lo que sí es cierto, y aunque solo sea a modo de reflexión, es que la admisión de una dación en pago general, como actualmente se pide, supondrá una limitación importante a la hora de poder acceder al crédito, a efectos de la adquisición de bienes. Lo que sí es seguro es que se procederá a la modificación de la legislación hipotecaria existente con respecto a este

⁵ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo III, Derecho de Obligaciones; 17ª ed. Editorial REUS. Madrid 2008; págs. 458-463.

⁶ *Vid. ob. cit.*, pág. 458

⁷ L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. Las relaciones obligatorias. 5ª ed., Editorial CIVITAS. Madrid, 1996; págs. 555-558.

⁸ *Vid. ob. cit.*, pág. 555

⁹ Para mayor abundamiento sobre esta materia consultar el estudio de M. R. BELINCHON ROMO, *La dación en pago en Derecho español y en Derecho comparado*. Editorial DYKINSON. Madrid, 2012.

tema y a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que al procedimiento de ejecución hipotecaria se refiere, más si tenemos en cuenta la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, en la que la Justicia Europea considera contraria al Derecho Comunitario, concretamente a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, la legislación española vigente en materia de ejecución hipotecaria, en la medida en que en el proceso de ejecución hipotecaria, los artículos 695 a 698 de la LEC, no contemplan, entre los motivos de oposición del ejecutado, a la ejecución, el inicio de un proceso declarativo en el que se dilucide sobre el carácter abusivo o no de una cláusula contractual, incluida en un contrato de préstamo hipotecario, de tal manera que la ejecución se producirá, aún cuando en el procedimiento declarativo se esté dilucidando acerca de esta cuestión, dado que el Juez competente no puede acordar medidas cautelares tendentes a la suspensión del procedimiento judicial ejecutivo¹⁰.

B) OTRAS PROPOSICIONES DE LEY PRESENTADAS POR LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS: GRUPO PARLAMENTARIO CATALÁN Y GRUPO DE LA IZQUIERDA PLURAL.

Aunque ésta sea la proposición de ley que mayor repercusión pública ha tenido como consecuencia de la implicación de los medios de comunicación, son otras las que también se han presentado en el Congreso de los Diputados¹¹. Los grupos parlamentarios, bajo el rótulo de “Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual” o de “Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y de protección ante procedimientos de ejecución que afecten a personas naturales, incluyendo el derecho a la vivienda”, tratan de poner de manifiesto que los incidentes en el mercado del crédito deben ser soportados por todas las partes implicadas, no solo por el deudor. Se trata de articular modelos modernos y transparentes, en los que se busca el bien común; en ellos el deudor puede tener una segunda oportunidad, pero al mismo tiempo tiene incentivos para esforzarse por pagar sus deudas, y puede evitar verse abocado a la exclusión social y a la falta de perspectivas socioeconómicas de mejora, a causa del embargo indefinido de sus bienes y derechos, el acreedor verá como el deudor se esfuerza por hacer frente al pago y no opta por una vida futura en la economía sumergida; la sociedad, en conjunto, se ve beneficiada por la rehabilitación civil del deudor, que puede evitar la situación de exclusión social o la situación de dependencia de forma permanente de los servicios sociales públicos.

La propia exposición de motivos de la proposición del Grupo Parlamentario Catalán señala que “La presente ley se orienta a la consolidación en la sociedad del valor de aquellas personas que, habiendo sufrido las situaciones descritas, encaran el futuro con esperanza, con incentivos para retomar la iniciativa personal, familiar y económica. Así pues, la ley se dirige a corregir de forma urgente el vacío de la legislación vigente en cuanto a las situaciones de sobreendeudamiento, estructurándose en tres capítulos: el capítulo I establecería una serie de medidas para evitar el sobreendeudamiento en la concesión futura de créditos hipotecarios y modificaría el procedimiento de ejecución hipotecaria, de forma que el juez, en un procedimiento declarativo en el que se trate sobre cláusulas abusivas del contrato, pueda suspender la ejecución hipotecaria; el capítulo II articularía un procedimiento extrajudicial, de carácter administrativo, que evita que, en caso de una insolvencia que sea causada, principalmente, pero no únicamente, por el sobreendeudamiento hipotecario, deba recurrirse directamente a un procedimiento

¹⁰ La Proposición de Ley presentada por *Convergència i Unió*, en su artículo 3 prevé esta posibilidad, es decir, se señala que “*En un procedimiento de ejecución hipotecaria se admitirá la oposición del ejecutado si se fundamenta en la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario. En tal caso, si el deudor se opone a la ejecución y, en el plazo de veinte días desde la notificación del despacho de ejecución, interpone una demanda de juicio declarativo, el juez que tramita el procedimiento de ejecución hipotecaria, si aprecia que la demanda resulta fundada, puede suspender la ejecución hasta que se dicte la resolución del procedimiento declarativo.*”

¹¹ Dos son las iniciativas parlamentarias presentadas en el Congreso; una por parte del Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*) y otra, por parte del Grupo Parlamentario de la Izquierda Plural (compuesto, entre otros por IU).

concurral, con la conveniente desjudicialización de determinados procedimientos y la garantía de la tutela de los tribunales mediante mecanismos de impugnación. Este procedimiento extrajudicial conllevaría la elaboración de un plan de liquidación ordenada de las deudas. En función de la situación del deudor, el procedimiento puede incluir medidas inmediatas, como la dación en pago, u otras que garanticen la permanencia en la vivienda, como forma de hacer efectivo el derecho a la vivienda, o puede posibilitar, en cualquier caso, la participación en el procedimiento de las autoridades competentes en materia de servicios sociales y de vivienda, para que le sean ofrecidas al deudor todas las posibilidades de ayudas para garantizarle este derecho. En el procedimiento extrajudicial de liquidación de las deudas también puede acordarse la exoneración del pasivo pendiente, exoneración que no tiene carácter automático, sino que tendrá plenos efectos una vez finalizado el período de seguimiento del plan, de una duración máxima de cinco años. En caso de que el plan de liquidación sea impugnado, o en caso de que el deudor lo incumpla, puede iniciarse un procedimiento concursal, abreviado y muy simplificado, ante el juzgado mercantil competente. En este sentido, la presente ley modifica la Ley concursal para introducir una especialidad del procedimiento de concurso para los casos de insolvencia de una persona física causados por la anterior adquisición de una vivienda. Este procedimiento concursal tiene como finalidad analizar la situación de insolvencia del deudor y permitir que, si se da supuestos establecidos, el juez pueda otorgarle una segunda oportunidad y pueda exonerarle de las deudas que no hayan podido satisfacerse en el concurso, a través del correspondiente plan de liquidación de las deudas. Tampoco esta exoneración tiene carácter automático, sino que tendrá plenos efectos una vez finalizado el período de seguimiento del plan, de una duración máxima de cinco años; por último, el capítulo III regula algunas especialidades del procedimiento de ejecución hipotecaria de viviendas de protección pública.

En el mismo sentido se pronuncia la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario del que forma parte IU; en el mismo, y ante la situación de crisis y el acuciante problema de los desahucios de las viviendas habituales de las personas, se señalan una serie de medidas contra el sobreendeudamiento hipotecario personal y familiar, dirigidas a establecer los requisitos que se ha de presentar a efectos de la concesión del préstamo solicitado. De la misma manera, la proposición de ley establece un procedimiento de liquidación ordenada de deudas de las personas físicas con insolvencia sobrevenida, el cual podrá ser tramitado con carácter judicial o extrajudicial y al cual se incorporarán las cuotas hipotecarias vencidas y las que se encuentren pendientes de pago, que graven la vivienda habitual.

Por lo que a nuestro estudio se refiere, es el artículo 6 de la proposición de ley el que se refiere a la dación en pago de la vivienda habitual. En él se establece que en caso de deudas dinerarias o de ejecución hipotecaria, en cualquiera de sus modalidades, cuando el inmueble objeto de ejecución constituya la vivienda habitual del deudor¹² desde antes de iniciado el procedimiento del que se deriva la ejecución, y la persona afectada acredite que no dispone de otra vivienda con que satisfacer su derecho constitucional a disponer de una vivienda digna, el deudor podrá instar la entrega del bien hipotecado como pago liberador de la deuda reclamada, aunque no se haya pactado de forma expresa en las condiciones de la hipoteca, de manera que si el Juez aprecia que la dación en pago es justificada y no ha existido actuación fraudulenta en el advenimiento de la situación de insolvencia del deudor, dictará resolución en que adjudicará el bien al acreedor, dándolo por satisfecho de todas las cantidades que hayan podido deber en concepto de capital e intereses, vencimientos de préstamo e intereses de demora. El artículo advierte que este procedimiento de dación en pago será de aplicación cuando no concurren otras deudas ni situaciones que justifiquen la

¹² En el artículo 3.6 de la proposición de ley se define lo que se ha de entender como vivienda habitual, a efectos del procedimiento articulado en la misma: en este sentido, se dice en el mismo que “A los efectos de este procedimiento se considerará vivienda habitual aquella que es ocupada de forma permanente por el titular de la propiedad que a su vez sea titular del crédito hipotecario, y que no se destine a segunda residencia o residencia temporal, se considera que no es vivienda habitual aquella que está desocupada más de tres meses seguidos o alternos a lo largo del año, sin causa que lo justifique, y en todo caso con anterioridad a haber dejado de atender las obligaciones de pago de las cuotas hipotecarias de la hipoteca que grabe esta vivienda”.

aplicación del procedimiento de liquidación ordenada de deudas de persona física que incluya la vivienda habitual.

II. EL REAL DECRETO-LEY 6/2012 DE 9 DE MARZO, SOBRE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. DISPOSICIONES LEGISLATIVAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DEUDOR.

Al margen de estas iniciativas parlamentarias, el ordenamiento jurídico vigente pasa, por lo que al reconocimiento de la dación en pago de vivienda se refiere, por el Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Aunque suene a tópico, desgraciadamente no lo es; España se encuentra inmersa en la peor crisis económica de los últimos tiempos; así lo recoge el Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, el cual, en su exposición de motivos, habla de la profunda crisis económica que España sufre desde hace cuatro años; los efectos que el desempleo está produciendo, entre otras cuestiones, se refieren a la pérdida, por parte de un colectivo social “en situación de extraordinaria vulnerabilidad”¹³, de la vivienda habitual, como consecuencia de la puesta en marcha de los procesos de ejecución hipotecaria, y es, a su vez, en lo que se justifica, la adopción de una serie de medidas con trascendencia en el ámbito jurídico, por lo que a la dación en pago de la propia vivienda se refiere con la finalidad de dar por extinguida la deuda que una persona ostentara frente a alguna entidad de crédito, bajo la forma de Decreto-Ley.

De lo que se trata es de articular un modelo de protección, si es que seguimos la terminología utilizada en el RDL 6/2012, de aquellas personas que se encuentren en una situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones, en el que también se promueve la implicación del sector financiero español con la finalidad de “aliviar la difícil situación económica y social de muchas familias”, implicación del sector financiero que se traduce en la aceptación voluntaria, por parte de las entidades de crédito, de un Código de Buenas Prácticas que se recoge en el Anexo del Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo¹⁴; modelo de protección que se articula en tres fases: refinanciación o, lo que es lo mismo, reestructuración viable de la deuda hipotecaria, lo cual no podrá ser solicitado por aquellos deudores que se encuentren inmersos en un

¹³ Vid. Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

¹⁴ La práctica totalidad del sistema financiero español ha decidido adherirse al código de buenas prácticas; así lo anuncian la mayor parte de los periódicos económicos españoles como por ejemplo, el periódico *Cinco días* (vid. URL http://www.cincodias.com/articulo/economia/forma-aplicar-dacion-pago-posible/20120321cdscdieco_7/) o *El Economista.es* que, en su edición del jueves 15 de marzo de 2012 hace referencia a las diferentes entidades bancarias que, a fecha del artículo publicado en el diario, se adhirieron al Código de Buenas Prácticas presentado por el Ejecutivo. Vid. URL:

<http://www.eleconomista.es/interstitial/volver/retrans/empresas-finanzas/noticias/3821932/03/12/santander-y-catalunyacaixa-se-suman-al-codigo-de-buenas-practicas.html>; en este sentido, y con la finalidad de conocer aquellas entidades de crédito que se adhieren al código de buenas prácticas bancarias que se recoge en el Real Decreto, esta norma prevé, en los apartados 3º y siguientes, del artículo 5, en garantía, pienso, del principio de la seguridad jurídica que se recoge en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978, la obligación por parte de las mismas de comunicar su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y, ésta, mediante resolución, ordenará su publicación en la sede electrónica de la misma y además, en el BOE (art. 5.3 EDL 6/2012). La adhesión de la entidad se entiende producida por un plazo de dos años, prorrogables automáticamente por periodos anuales, salvo denuncia expresa de la entidad, comunicada oportunamente a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera (art. 5.6 RDL 6/2012). En todo caso, aunque la adhesión al Código es de carácter voluntario por parte de la entidad, una vez que conste la adhesión, lo en él establecido se convierte en aspectos de obligado cumplimiento por parte de la misma: a este respecto y para verificar el legítimo cumplimiento de las medidas propuestas en el Código de Buenas Prácticas, se crea, al efecto, una comisión de control, cuya composición y funcionamiento vienen establecidos en los apartados 2º a 6º del artículo 6 del RDL 6/2012; en este sentido, se establece la posibilidad de plantear las reclamaciones que correspondan, partiendo de un supuesto incumplimiento del Código de Buenas Prácticas, ante el Banco de España, las cuales serán estudiadas siguiendo el procedimiento establecido al efecto.

procedimiento de ejecución, una vez producido el anuncio de la subasta; en segundo lugar, se prevé la posibilidad de que el deudor en cuestión plantee a la entidad una quita con respecto al capital pendiente de amortizar, lo cual podrá o no ser aceptado por la entidad acreedora¹⁵; y finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores resultase fructífera, el deudor podrá solicitar la dación en pago de la vivienda, como medio liberatorio de la deuda, pudiendo permanecer en la misma, en régimen de alquiler, durante el plazo de los dos años siguientes a este suceso, abonando, dice la norma, una renta asumible¹⁶.

Ya el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, preveía la adopción de una serie de medidas tendentes a la protección del deudor hipotecario, aunque no se atrevió a regular la dación en pago de la vivienda habitual con eficacia solutoria del préstamo hipotecario celebrado con la entidad financiera, sí que estableció una serie de medidas tendentes a proteger al deudor hipotecario, en el sentido que se establecían una serie de medidas de protección para las familias con menores ingresos, así como las reformas necesarias para garantizar que las ejecuciones hipotecarias se realizasen sin dar lugar a situaciones abusivas o de malbaratamiento de los bienes afectados, manteniendo plenamente, sin embargo, los elementos fundamentales de garantía de los préstamos y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario.

En este sentido, se preveía la elevación del umbral de inembargabilidad cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado; de esta manera, el RDL 8/2011 de 1 de julio, en su exposición de motivos, establece que, si bien, con carácter general, el mínimo inembargable de cualquier deudor coincide con el salario mínimo interprofesional (SMI) a partir de este real decreto-ley y, exclusivamente, para los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual, se eleva ese mínimo hasta el 150% del

¹⁵ En este caso, esa reducción de la deuda en los términos previstos en el apartado 2 del Código de Buenas Prácticas, recogido en el anexo del RDL 6/2012 de 9 de marzo, podrá ser solicitada por aquellos deudores, cuyo plan de reestructuración resulte inviable, considerando por tal, según establece el apartado a) del párrafo 2 del Código, aquél que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 60% de los gastos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar. De la misma manera, podrán solicitar la quita aquellos deudores que se encuentren inmersos en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya anunciado la subasta; es decir, se trata de los mismos deudores que no pueden solicitar el plan de reestructuración de la deuda hipotecaria contraída con la entidad acreedora: es a estos a los que se autoriza para solicitar, de la entidad de crédito, la quita del conjunto de la deuda, siguiendo los términos previstos en el apartado correspondiente a las medidas complementarias del Código contenido en el anexo del RDL 6/2012 de 9 de marzo. Al mismo tiempo, la posibilidad de solicitar la quita de la deuda se extiende a aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión al que se hecho referencia en párrafos anteriores, sin embargo, no pueden optar por la dación en pago de la vivienda por tener ésta cargas posteriores a la hipoteca.

¹⁶ Este modelo de protección que trata de articularse en la norma de referencia, se complementa con una serie de medidas que se encuadran tanto con el ámbito procesal como en el ámbito fiscal, pues que, en el primero de los ámbitos mencionados, se trata de simplificar y aclarar el procedimiento de ejecución extrajudicial (art. 12 RDL 6/2012) y, en materia fiscal, entre otras medidas contempladas en los artículos 8 a 11 del RDL 6/2012, se prevé que queden exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, las escrituras de formalización de las novaciones contractuales que se produzcan al amparo del Código de Buenas Prácticas (ex art. 8 RDL 6/2012). Por lo que se refiere a la ejecución extrajudicial de los bienes hipotecados, el artículo 129 de la Ley Hipotecaria establece que “En la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario”. Ello permite que nuestro acreedor hipotecario, en vez de ejecutar la garantía hipotecaria ante un juez, y dado un supuesto de impago del préstamo garantizado, pueda vender el bien ante Notario, que se supone más rápido y más barato. En todo caso, la DF 3ª del RDL 6/2012 establece la necesidad de que el Gobierno desarrolle reglamentariamente el procedimiento de la ejecución extrajudicial, en el plazo de los seis meses siguientes a la entrada en vigor del RDL, haciendo expresa referencia a la posibilidad de incorporar la subasta *on line*, la subasta electrónica de los bienes hipotecados, aún cuando se deba tener la constancia de que en caso de que la subasta quedara desierta y el acreedor no hiciese uso de su derecho de adjudicación de los bienes, el Notario dará por terminada la ejecución y cerrará y protocolizará el acta, quedando expedida la vía judicial que corresponda (art. 12.6 RDL 6/2012, en relación con el art. 236n del Reglamento Hipotecario).

SMI y un 30% adicional por cada familiar de su núcleo que no perciba ingresos superiores a dicho SMI. Por otra parte, en segundo lugar, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente. Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por un precio nunca inferior al 60% del valor de tasación. Se establece, por tanto, un límite equilibrado, impidiéndose cualquier adjudicación al acreedor inferior al 60% del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total, y ello con el fin de evitar el despojo del deudor. Finalmente, al objeto de mejorar la eficacia de las subastas permitiendo una mayor concurrencia de pujas y, por ende, posibilitando la fijación de un precio más justo, se reduce hasta el 20% el depósito exigido a los postores para participar en una subasta. De este modo, se facilitaría la presencia de postores y la mejor adjudicación de los bienes hipotecados, se equipararía el importe de este depósito con el previsto por la propia ley para los bienes muebles y se recuperaría el porcentaje que sobre este punto ya establecía la Ley de Enjuiciamiento Civil desde 1881; aspectos estos, cuya regulación concreta se encuentra en los artículos 1 y 2 del RDL 8/2011 de 1 de julio.

De la misma manera, es de recibo poner de manifiesto la regulación que ya existe con respecto a la denominada hipoteca de responsabilidad limitada, la cual aparece contemplada en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria¹⁷; este artículo de la Ley Hipotecaria, establece la posibilidad de que la hipoteca puede hacerse efectiva sólo con respecto a los bienes hipotecados, en el sentido de que, en este punto, se hace ineficaz la regla de la responsabilidad universal del deudor contemplada en los artículos 1911 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria; este último precepto establece que la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil; ello ha de entenderse según los términos empleados en su redacción, siempre teniendo en cuenta que es posible que se pacte lo contrario, según la dicción del artículo 140 de esta misma Ley. Por tanto, el hecho de que se pactara la limitación de la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados es una cuestión que dependía, en última instancia, de la buena voluntad de las entidades de crédito con las que se había pactado el préstamo hipotecario. Si no estaba pactada esa responsabilidad limitada, por muy injusto que pareciera el hecho de que el deudor continuase obligado a pagar la deuda en caso de que el importe obtenido en la venta de los bienes fuese insuficiente para hacer frente al pago de la hipoteca, era lo que debía de suceder, en aplicación de la normativa jurídica aplicable al caso concreto¹⁸.

¹⁷ Vid. Texto refundido de la Ley Hipotecaria, según Decreto de 8 de febrero de 1946.

¹⁸ Las resoluciones judiciales dictadas por las Audiencias Provinciales, como por ejemplo, el auto 111/2010 de 17 de diciembre, dictado por la Audiencia Provincial de Navarra o el más reciente dictado por la Audiencia Provincial de Girona, el auto núm. 119/2011 de 16 de septiembre (aunque éste con un voto particular de uno de los magistrados en el que se posiciona en la línea de argumentación mantenido en este estudio) no constituyen fuente de creación del ordenamiento jurídico; ellas han de limitarse a aplicar ese ordenamiento y a interpretarlo en la medida en que ello sea necesario y no a crear Derecho en la medida en que la solución planteada parezca más justa que la establecida en la propia legislación. A este respecto *vid.* M. R. BELINCHÓN ROMO, “La hipoteca de responsabilidad limitada vista desde la perspectiva de la dación en pago”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2012, pp. 91 a 103; y “Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012.

2. EL REAL DECRETO-LEY 6/2012 DE 9 DE MARZO, SOBRE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS¹⁹.

El Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo publicado en el BOE de 10 de marzo de 2012 y que, por lo tanto, según dispone la Disposición Final 4ª, entró en vigor el 11 de marzo de ese mismo año, fue convalidado definitivamente por las Cortes Generales el pasado 29 de marzo de este mismo año; el RDL 6/2012 fue aprobado por 201 votos a favor y 109 en contra. El Pleno rechazó, con 129 votos a favor y 181 en contra, su tramitación como proyecto, con lo que quedará vigente en los términos aprobados por el Gobierno.

Realizando un análisis inicial de este texto legal, éste establece, por lo que a su ámbito de aplicación se refiere, en su artículo 2, que será de aplicación a todos aquellos deudores que se encuentren incluidos en el umbral de exclusión que menciona el artículo siguiente, siempre y cuando se trate de deudores que lo sean teniendo en cuenta que el título constitutivo de esa situación venga como consecuencia de la celebración de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca. Es el artículo 3 del RDL 6/2012 el que se ocupa de establecer cuál es el umbral de exclusión en el que pueden incluirse los deudores que objeto de la protección otorgada por esta norma; en este sentido, son varios los condicionantes que se establecen en la norma para que el deudor hipotecario pueda acceder, en última instancia, a la dación en pago de la vivienda adquirida como consecuencia de la concesión del préstamo hipotecario; de esta manera, una vez que la entidad de crédito haya aceptado atenerse a lo establecido en el código de buenas prácticas contemplado en el RDL 6/2012, el deudor sólo podrá acceder a esas medidas en cuanto que cumpla una serie de requisitos, fehacientemente acreditados como consecuencia de la presentación de la documentación a que se refiere el art. 3.2 del texto normativo:

- Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, incluyendo en el seno de la unidad familiar a los hijos del deudor, con independencia de su edad, siempre y cuando residan en la vivienda.
- Que la cuota que se ha de pagar supere el 60% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, dado que pueden existir ingresos que provengan de otras fuentes.
- Que la unidad familiar carezca de otros bienes o derechos patrimoniales con los que hacer frente a la deuda.
- Que el préstamo garantizado con la hipoteca recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor, para cuya adquisición fue concedido.

¹⁹ El Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, sobre medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos, se complementa con otro Real Decreto-Ley, el Real Decreto-Ley 27/2012 de 15 de noviembre de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, cuyo objeto fundamental consiste en la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, el real decreto-ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas, aún cuando, en este momento en el que se aprueba la normativa, se ponga de manifiesto la necesidad de abordar una reforma más en profundidad del marco jurídico de tratamiento a las personas físicas en situación de sobreendeudamiento y, en particular, de analizar mejoras sobre los mecanismos de ejecución hipotecaria. El Real Decreto-Ley 27/2012 de 15 de noviembre, ha dado lugar a la elaboración de un Proyecto de Ley, el cual se encuentra en sede parlamentaria, para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, el cual supone la modificación de algunos aspectos del proceso de ejecución hipotecaria, aunque sin entrar en la verdadera modificación de este sistema. Imaginamos que será a partir de la Proposición de ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social, presentada por la Iniciativa Legislativa Popular, en donde el Gobierno acometa la tarea de modificar el sistema hipotecario y concretamente, el procedimiento de ejecución hipotecaria contemplado en los artículos 695 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el fin de cumplir el mandato diferido de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- Que el préstamo carezca de cualquier otra garantía, real o personal, y en caso de estas últimas, que todos los garantes se encuentren en la situación planteada en los apartados 2 y 3, anteriormente mencionados.
- Si existen codeudores que no forman parte de la unidad familiar, deberán presentar los condicionantes planteados en los tres primeros apartados.

Es a estos mismos deudores, a los que se deberá aplicar una disminución de los intereses moratorios a partir del momento en el que el deudor acredite su inclusión dentro del umbral de exclusión a que se refiere este artículo 3, haciendo expresa referencia al hecho consistente en que esa moderación de intereses no será de aplicación a aquellos deudores diferentes de los contemplados en esta norma (art. 4.2 RDL 6/2012 de 9 de marzo), salvo que la entidad considere oportuno aplicar esa moderación a deudores diferentes, en aplicación de la previsión contenida en el artículo 5.8 del RDL 6/2012²⁰. De la misma manera que la norma prevé, como regla general, la imposibilidad de llevar a cabo una interpretación extensiva de las medidas previstas en el RDL a cualquier otra situación no contemplada por el mismo, se señala un régimen de responsabilidad para aquellos deudores que se hubiesen beneficiado de tales medidas, aún sin cumplir los condicionantes requeridos para su aplicación, incurriendo, asimismo, en responsabilidad aquel deudor que deliberadamente pretenda situarse o mantenerse en el umbral de exclusión con la finalidad de beneficiarse de la aplicación de dichas medidas (art.7.1 y 7.3 RDL 6/2012); en este sentido, el deudor será responsable de los daños y perjuicios que se hayan producido y de los gastos generados como consecuencia de la aplicación de las medidas de flexibilización, de manera que el importe de los daños no podrá ser inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor como consecuencia de la aplicación de la norma (art. 7.2 RDL 6/2012).

Por otra parte, una vez que se considera que el deudor hipotecario en cuestión se encuentra incluido dentro de lo que se entiende como umbral de exclusión, será necesario que la hipoteca que se trata de liquidar, se haya constituido en garantía de préstamos concedidos para la compraventa de viviendas, cuyo importe, a efectos de procurar la adquisición de la misma, no hubiese excedido de los límites impuestos por el artículo 5 del Real Decreto-Ley en estudio, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, la diferenciación que esta misma norma realiza en función de las cifras de población existentes, a la luz del Padrón Municipal, con respecto al lugar de adquisición de la vivienda²¹.

Del RDL 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, es de destacar la referencia que se realiza a la posibilidad de que el deudor hipotecario entregue, en pago de su deuda, y con eficacia solutoria, la vivienda adquirida como consecuencia de la concesión del préstamo que fue garantizado con la hipoteca. La eficacia solutoria se refiere a la posibilidad de que la entrega de la vivienda sirva para producir la eficacia propia del cumplimiento de las obligaciones, esto es, la extinción de la obligación, con la consiguiente liberación del deudor y, por ende, la satisfacción de los intereses crediticios, del derecho de crédito del que es titular el acreedor; y todo ello con la finalidad de obviar la aplicación del principio de la responsabilidad

²⁰ En este sentido, siguiendo lo establecido en el art. 5.8 del RDL 6/2012, las entidades de crédito podrán aplicar, con carácter puramente potestativo, las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo.

²¹ A este respecto, el artículo 5 establece una serie de valores que actuarán con condicionante para que el deudor que sea pueda beneficiarse de las directrices marcadas en el RDL 6/2012 de 9 de marzo; en este sentido, se señala que, para municipios de más de 1.000.000 de habitantes, el valor de adquisición de la vivienda no puede superar los 200.000€; para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en las áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes, el valor de adquisición de la vivienda no podrá superar los 180.000€; para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes, el importe de la adquisición no podrá superar los 150.000€ y, por último, para municipios de hasta 100.000 habitantes, el precio de la compraventa no podrá ser superior a 120.000€.

universal del deudor, contemplada, por todos es sabido, en el artículo 1911 del Código Civil y por el artículo 105 de la Ley Hipotecaria.

Con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 6/2012, en aplicación de las normas reguladoras de la hipoteca, tal y como se ha puesto de manifiesto en párrafos anteriores, el artículo 105 LH establecía el mandato consistente en considerar que la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 CC. Ello significaba que ante un supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada con una hipoteca, el acreedor hipotecario podría ejecutar la misma, privando al deudor del bien inmueble adquirido con ocasión del préstamo, con la finalidad de venderlo en subasta pública y con el importe obtenido de la venta, dar por extinguida la obligación, siempre y cuando ese importe fuese suficiente para hacer frente al pago de la misma. En caso de que no se obtuviese liquidez, el deudor continuaría obligado al pago de la deuda hasta su total realización, en aplicación de los principios objetivos del cumplimiento recogidos en los arts. 1157, 1166 y 1169 CC.

Esta situación es la planteada en las resoluciones judiciales anteriormente mencionadas, esto es, el auto núm. 111/2010 de 17 de diciembre, dictado por la Audiencia Provincial de Navarra en el que el Tribunal considera que la deuda ha quedado extinguida como consecuencia de la adjudicación de la vivienda, al quedar la subasta desierta en la medida en que el valor de tasación del bien, al constituir la hipoteca superaba el importe de la deuda; ésta ascendía a 71225.79€, mientras que la finca era valorada en 75900€; ante ello, la Audiencia considera que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan solo sea adjudicada en la cantidad de 42.895€, pero lo cierto es que, como señala el auto recurrido, el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido. La misma solución se constata en otra resolución judicial, el auto núm. 119/2011 de 16 de Septiembre, dictado por la Audiencia Provincial de Girona, aunque éste con la diferencia sustancial de que en él aparece el voto particular de uno de los magistrados, el Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro, el cual se centra exclusivamente en la aplicación objetiva de la norma jurídica, sin tener en cuenta consideraciones subjetivas con respecto a los justo o lo injusto de la aplicación de la ley; la Audiencia Provincial de Girona justifica su resolución basándose en dos argumentos: la teoría del ejercicio abusivo de los derechos, al tiempo que considera de aplicación la doctrina de los actos propios. El voto particular manifestado por el Ilmo. Sr. José Isidro Huidobro pues es tajante al considerar que no existe enriquecimiento injusto del acreedor adjudicatario si el precio de la adjudicación fue inferior al valor de tasación, pues es obvio y así lo ha reconocido siempre la Sala, que no se enriquece injustamente el que obra de acuerdo con la ley. En este sentido, tampoco puede afirmarse que actúa el acreedor con manifiesto abuso de derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello sólo puede suceder si se ha pactado al amparo del art. 140 de la Ley Hipotecaria la hipoteca de responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el art. 105 de la misma Ley y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del acreedor²².

El RDL 6/2012 de 9 de marzo trata de paliar las graves consecuencias derivadas para los deudores que se ven despojados de su vivienda como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo, garantizado con un hipoteca. En este sentido, y en última instancia, la norma en cuestión prevé la posibilidad, en cuanto que ni el plan de reestructuración de la deuda resulte viable ni sea posible la quita de la deuda hipoteca, siguiendo los parámetros establecidos en el propio RDL,

²² A este respecto *vid.* M. R. BELINCHÓN ROMO, “La dación en pago con eficacia pro soluto y el derecho real de hipoteca”, en *Revista Electrónica ENLACES*, 2012 y “Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012.

consistente en la entrega, a la entidad acreedora, de la vivienda habitual, en pago de la obligación garantizada y ahora incumplida.

En este caso, una vez producida la dación en pago de la vivienda, la deuda se considerará saldada, con la que la dación en pago que aquí se prevé es la comúnmente conocida como *datio pro soluto*, es decir, dación con eficacia solutoria, frente a la eficacia pro solvendo, que también puede darse, sobretodo en lo que se refiere a la dación cuyo objeto viene constituido por la transmisión de un crédito del que el deudor sea titular con respecto a una tercera persona. A este respecto, el apartado 3 del Código de Buenas Prácticas, establece la obligación de la entidad de crédito de aceptar en pago de la deuda, la vivienda que el deudor le entregue; de tal manera que, a partir de ese momento, se dará por extinguida “la deuda garantizada con hipoteca y las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda”²³.

En esta tercera fase contemplada en el Código, el deudor tiene un periodo de un año para optar por la dación en pago de la vivienda, contado a partir del momento en el que el plan de reestructuración y las medidas complementarias hayan resultado inviables para el mismo; en todo caso, se prevé la posibilidad de que el deudor que lo solicite, pueda permanecer, durante un periodo de tiempo de dos años, contados a partir del momento en el que la dación en pago tiene lugar, en concepto de arrendatario, en dicha vivienda, satisfaciendo una renta anual correspondiente al 3% del importe total de la deuda al tiempo de efectuarse la dación²⁴; en este supuesto, si la renta fijada fuese, a su vez, objeto de impago, el mismo devengará un interés de demora del 20%²⁵.

La letra c) del apartada 3 del Código de Buenas Prácticas es necesario ponerlo en relación con artículo 14 del RDL 6/2012 de 9 de marzo, en el que se permite a los deudores que hubiesen dado en pago su vivienda y que hayan solicitado quedarse en ella, en régimen de arrendamiento, obtener las ayudas a los inquilinos que se recogen en el RD 2066/2008 de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, siempre y cuando los ingresos familiares no excedan 2.5 puntos el IPREM. A este respecto, la DA única del RDL 6/2012 considera estos arrendamientos contratos sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, aunque con ciertas especialidades, por ejemplo, por lo que se refiere a su duración y prórroga, dado que estos contratos tendrán la duración mencionada, sin posibilidad de prórroga, salvo que se cuente con el acuerdo escrito de ambas partes (más bien, creo que se deberá contar con el consentimiento expreso y escrito de la entidad financiera que será la titular de la propiedad en el tiempo en el que dicho contrato de arrendamiento llegue a su fin y deba ser prorrogado).

La posibilidad que el RDL 6/2012 ofrece al deudor hipotecario se centra en aquellos deudores que no se encuentren inmersos en procedimientos de ejecución, en los que ya se haya iniciado la subasta, así como para aquellos cuya vivienda no esté gravada con cargas posteriores a la hipoteca; los que se encuentren en cualquiera de estas situaciones, sólo podrán solicitar de la entidad crediticia, la quita con respecto al capital pendiente de amortización.

²³ *Vid.* apartado b) del párrafo 3 del Código de Buenas Prácticas, contenido en el anexo del RDL 6/2012 de 9 de marzo.

²⁴ Una vez transcurrido el plazo de los dos años posteriores a la celebración de la dación en pago, en caso de que el arrendamiento sea prorrogado, la renta será fijada en función de los parámetros que el propio mercado determine.

²⁵ En este caso, si es que se produce un supuesto de impago de la renta, la entidad bancaria podrá iniciar un proceso de desahucio en el plazo de los seis meses siguientes al momento en el que conste dicho impago; de la misma manera, si no consta el acuerdo escrito de prórroga del arrendamiento, el desahucio podrá iniciarse una vez transcurrido el plazo de los dos años a que se refiere el artículo 14.2 RDL 6/2012 de 9 de marzo, de manera que, si fuese procedente, la entidad crediticia podrá reclamar al arrendatario, antiguo propietario de la vivienda, las cantidades que correspondiesen en concepto de renta, ateniéndose a los criterios de mercado, en la medida en que la vivienda hubiese estado ocupada indebidamente.

Llama la atención el artículo 5 del RDL 6/2012 de 9 de marzo, el cual, en sus apartados 4 y 5 nos habla de la existencia de una novación del contrato; en concreto, el artículo 5.4 establece que “Desde la adhesión de la entidad de crédito y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado en el umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de buenas Prácticas. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas”. A su vez, el artículo 5.5 de esta misma norma establece que “La novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los créditos y préstamos novados”²⁶.

La razón por la cual nos referimos a estos apartados del artículo 5 del RDL 6/2012, es porque él mismo se refiere a “(...) la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas”; esta referencia podría llevarnos a pensar que, ante una hipótesis del tipo contemplado en la regulación de la norma, se estaría equiparando, por lo que a su naturaleza jurídica se refiere, a la dación en pago con esta otra institución jurídica como es la novación, en la medida en que se trata de una de esas previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas. No es de extrañar el poder confundir la dación en pago con la novación por cuanto a lo largo de los años y la ausencia de regulación jurídica por lo que a la dación en pago se refiere, ambas figuras han sido objeto de confusión, sobretodo a efectos de equiparar la eficacia de la dación con la de la novación²⁷. No son figuras análogas por lo que a su configuración, funcionamiento y eficacia se refiere; son dos instituciones diferentes, aunque a vista de un lector puedan parecer semejantes. Por lo demás, este precepto de la Ley 2/1994 de 30 de marzo se refiere, aunque no esté claro en la norma analizada, al supuesto en el que cuando el prestamista sean los bancos, las entidades oficiales de crédito, las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito, los establecimientos financieros de crédito, las escrituras de modificación del préstamo hipotecario podrá referirse, entre otros extremos, al método o sistema de amortización cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo. En este sentido, la novación del contrato, de carácter modificativo y su sometimiento a la Ley 2/1994 de 30 de marzo se refiere a la primera fase prevista en el RDL 6/2012 de 9 de marzo, es decir, la fase consistente en solicitar de la entidad crediticia la elaboración de un plan de reestructuración de la deuda hipotecaria, que pasa por una hipotética ampliación del plazo de amortización del préstamo hasta un máximo de 40 años, así como del señalamiento de un periodo de carencia en la amortización del capital de otros cuatro años y una reducción del tipo de interés aplicable al Euribor + 0.25% durante el periodo de carencia. Es por ello por lo que se somete esta hipótesis contemplada en el RDL 6/2012 a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.

²⁶ Si acudimos al artículo 4 de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, en él se establece que “En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: a) la ampliación o reducción de capital; b) la alteración del plazo; c) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; d) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; e) la prestación o modificación de las garantías personales.

Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.”

²⁷ Para una mayor profundización en la materia *vid.* M. R. BELINCHÓN ROMO, *La dación en pago en el Derecho español y en el Derecho comparado*, Editorial DYKINSON, 1ª edición, Madrid, 2012; pp. 21 a 26, por lo que a su diferente naturaleza jurídica se refiere y pp. 106 a 120 para ver los criterios de diferenciación que afectan a ambas figuras.

A modo de conclusión, es posible advertir que si bien el ejecutivo ha tratado de ofrecer una mínima protección al deudor hipotecario que, en estos tiempos de crisis, pierde su vivienda y queda obligado a satisfacer el remanente, en la medida en que el precio de la venta del bien inmueble, en pública subasta, no sea suficiente para hacer frente al pago de la deuda, sin embargo, lo que también es cierto es que la criba que se establece, hasta llegar a la dación en pago de la vivienda, es importante, si es que tenemos en cuenta los presupuestos de aplicación de la misma así como los requisitos que han de presentar los deudores con la finalidad de constatar que se encuentran incluidos en el denominado umbral de exclusión o, lo que es lo mismo, en el umbral de pobreza, para así poder optar al plan de refinanciación de la deuda o, en su caso, a la dación en pago, puesto que la segunda de las fases previstas en el RDL 6/2012 de 9 de marzo, sobre medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. El régimen jurídico aplicable a esta dación en pago no es con mucho, el de la dación en pago voluntaria recogida en el art. 140 de la Ley Hipotecaria y el que se infiere de las disposiciones del Código Civil, como puede ser el artículo 1166, sino que se asemeja más a la dación en pago necesaria, más en desuso en los tiempos que corren, dado que en ella, el necesario acuerdo de las partes que ha de existir para atribuir eficacia extintiva al aliud, desaparece, de manera que ello se cambia y se impone a la parte acreedora la obligación de aceptar un bien diferente al debido como modo de pago de la obligación constituida.

LA VIVENCIA CONSTITUCIONAL DE 1812: PARADIGMA ÉTICO Y JURÍDICO DE LIBERTAD PARA ÉPOCAS DE CRISIS

Dr. Javier Pérez Duarte
Facultad de Derecho y Centro de Ética Aplicada
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 12 de marzo de 2013

Fecha de aceptación: 12 de abril de 2013

SUMARIO: 1. ENTRE LO VIEJO Y LO NUEVO. 2. CONSTITUCIÓN JURÍDICA Y CONSTITUCIÓN SOCIAL. 3. HERMENÉUTICA Y LITERATURA: LA LIBERTAD VERTEBRA LOS TIEMPOS. 4. PROSPERIDAD, FELICIDAD, BIENESTAR: HABLAN LOS DIPUTADOS. 5. PEDAGOGÍA Y DERECHO. 6. LA CONSTITUCIÓN DE 1812 COMO PARADOJA.

RESUMEN: La Constitución de 1812 y el escenario en el que surgió se presentan como una labor de interpretación en la que el tiempo aparece como un aliado que comunica el pasado con el presente para poder imaginar soluciones o, cuando menos, propuestas para poder actuar. Los acontecimientos de las Cortes Generales y Extraordinarias celebradas en Cádiz entre los años de 1810 a 1813 representan el argumento en el que afloran recuerdos, dilemas inquietantes acerca de la continuidad o de la ruptura históricas que obligan a imaginar una literatura jurídica desde los deseos de felicidad, prosperidad, libertad o justicia.

ABSTRACT: The Constitution of 1812 and the scene in which it appeared are both presented as a work of interpretation in which time appears as an ally that communicates the past with the present, to try to imagine solutions or, at least, suggestions with the aim of acting. The events of the General and Extraordinary Courts that were celebrated in Cadiz between 1810 and 1813 represent the argument in which memories emerge, disturbing dilemmas about historic continuity and rupture, and compel to imagine a legal literature from the desires of happiness, prosperity, freedom or justice.

PALABRAS CLAVE: historia, tiempo, constitución, interpretación, libertad, imaginación.

KEYWORDS: history, time, constitution, interpretation, freedom, imagination.

1. ENTRE LO VIEJO Y LO NUEVO

“¡Qué importa un día! Está el ayer alerta
al mañana, mañana al infinito,
hombre de España; ni el pasado ha muerto,
ni está el mañana -ni el ayer- escrito.”¹

Abrir la puerta de la historia en el tránsito del siglo XVIII al XIX obliga a elegir el camino del estudio histórico del momento o bien el que exige una labor esencialmente hermenéutica, sin olvidar que la interpretación está siempre presente en todo discurso. El presente trabajo elige el segundo camino desde el respeto al sentido histórico que intenta evitar el desenfoque que implica contemplar hechos pasados, sucedidos hace doscientos años, desde una observación a partir de acontecimientos actuales. Esta pretensión interpretativa obedece al doble propósito de recordar, por una parte, la Constitución de 1812 como hito que marcó el devenir constitucional español y su influencia en Europa e Hispanoamérica, con independencia de su limitada vigencia en el tiempo y, por otra parte, el estudio de su verdad filosófica y jurídica desde la perspectiva de cierta intemporalidad que implica la labor de la filosofía y, consecuentemente, valiosa como ejemplo para la situación de crisis actual.

El planteamiento de Gadamer puede ser oportuno al respecto, “quien quiere algo ha de saber qué aspecto presentará de la otra manera y, aún más, ha de saber cómo puede provenir de lo que ya es lo otro. Ambas cosas presuponen mucho saber y entendimiento concreto no sólo del presente en cuanto condición del futuro sino también de la historia en cuanto determinación concreta del presente”². La hermenéutica supone respeto al conocimiento de lo que ya es lo otro, de lo que ya fue la Constitución de 1812 y su época para poder no sólo comprender la época presente, sino también la forma que puede adquirir, qué aspecto presentará de la otra manera. El estudio de un problema implica, al mismo tiempo, qué otra forma puede presentar.

Para Georg Simmel se puede llamar “vivencia” “a la respuesta de estratos mucho más amplios y fundamentales de nuestra existencia total ante la presencia de las cosas, nuestra cara de la relación entre un objeto y la totalidad o unidad de nuestro ser”. La cuestión esencial consiste en que “en la ‘vivencia’, la vida, el más intransitivo de los conceptos, es colocada en una conexión funcional inmediata con la objetividad, a saber, de un modo exclusivo, en que se funden en una unidad la actividad y la pasividad del sujeto, indiferentes a su mutua exclusión lógica”. Con la vivencia se inicia el conocimiento, se podría decir que la comprensión. El objeto, recogido y “manipulado por la vida, se desprende de su condicionalidad vital y, como algo conocido, se trueca en una imagen independiente en una esfera objetivamente ideal”.

Simmel advierte sobre el sentido de la historia, “no podemos hablar de historia mientras la forma dinámica que llamamos vida no haya creado un vínculo entre elemento y elemento, que, por cierto, lingüística y lógicamente sólo podemos expresar como una relación entre contenidos, pero que pensamos en otro sentido como una relación interior activa, que extiende hacia ambos lados los límites del fenómeno aislado”. La afirmación de Hegel de que sólo el espíritu tiene historia debe ser completada “añadiendo que sólo el espíritu viviente tiene historia”. Lo comprensible del pasado será auténtica historia “en la forma de la vida o teniendo en cuenta que son vivencias”. Esta vida puede ser individual y concreta, pero puede ser también la de un grupo social o puede consistir en la evolución de una ciencia, de un arte, de una técnica. En todos los casos se convertirán en producto

¹ A. MACHADO, “Campos de Castilla (1907-1917)”, en *Poesías completas*, Editorial Espasa-Calpe, 4ª ed., Madrid, 1978, p. 142.

² H.G. GADAMER, “Hermenéutica”, en A. ORTIZ OSÉS, y P. LANCEROS, (dir.), *Diccionario interdisciplinar de Hermenéutica*, Editorial Universidad de Deusto, Bilbao, 1998, p. 229.

histórico en la forma en que “los coloca el hecho de haber sido vividos”. La historia, en definitiva “es una forma que el espíritu imprime al acaecer y sus contenidos”.

La vivencia constitucional y parlamentaria de 1812 es un ejemplo del planteamiento de Simmel. La historia, al margen de lo puramente objetivo e indiferente a lo vivencial, “desprende los contenidos de la vida de su modo de entretrejimiento y de su movilidad continua y los enlaza, bajo la dirección de conceptos y obedeciendo a las necesidades del conocimiento, en nuevas series particulares”. La historia da lugar a nuevas verdades. “De la ‘idea’ depende que lo real esté completo. Un semicírculo es una totalidad bajo la idea de un semicírculo”. La realidad de las Cortes de Cádiz y sus consecuencias son una realidad que “de la índole de nuestra formación de ideas dependerá” que “se subordinen sin dificultad bajo ideas de de unidad y, en consecuencia, su totalidad aparece como relación inmanente de sus partes”³.

El período del final del siglo XVIII y el comienzo del XIX está marcado por el comienzo de lo que se ha denominado como la Era Contemporánea, la última fase de la modernidad, caracterizado por el inicio de un largo período revolucionario que se inicia con la Independencia de los Estados Unidos y la Revolución Francesa y se prolongará hasta la Revolución Europea de 1848. Período de crisis en el más auténtico sentido de la palabra, de profundos cambios que afectan también a España, protagonista, por sus consecuencias, en Europa y en mayor medida en Hispanoamérica. El siglo XVIII había sido la centuria de las reformas, como dice Julián Marías, el siglo en el que España intentó ponerse en forma, esfuerzos inteligentes se aplican para mejorar la nación, el aprovechamiento de los recursos, la liquidación de las reliquias que ya no tenían vigencia. Se acepta la realidad y, a partir de ella, se intenta construir algo nuevo, “España se toma como empresa a sí misma”⁴.

La construcción de un Estado moderno era una labor ya muy avanzada cuando llegó al trono Carlos III, monarca que representa la revitalización de la España del XVIII. El país cobró un nuevo pulso, adquirió sentido un horizonte de proyecto histórico que había languidecido en la segunda mitad del XVII. Antonio Domínguez Ortiz es contundente cuando afirma que “no fue la Revolución francesa la causa de la llamada revolucionaria que cambió la faz del mundo occidental sino la manifestación más ostentosa de una corriente universal de ideas que ya estaba en marcha”. El Antiguo Régimen en España desaparecía de puro viejo, la Inquisición en profunda crisis, los menestrales ya no creían en los gremios, los mayorazgos deseaban vender las tierras vinculadas, los militares mostraban interés por el poder político y todos tener más libertad. Se introdujeron tímidas reformas democráticas como la elección de representantes municipales, aunque el absolutismo centralista fue excesivo. No obstante, las relaciones con los reinos de la antigua Corona de Aragón se normalizaron y, aunque no se les devolvió sus fueros, desaparecieron los rencores y resurgió la confianza. “Si Felipe V había hecho la unidad material de España su hijo realizó la unidad espiritual, sentimental”, este matiz es importante puesto que “la fuerza de esa unidad se advirtió al surgir los acontecimientos de 1808”.

Las nuevas ideas sólo podían imponerse si contaban con el apoyo de corrientes subterráneas, la mera imposición desde el poder era insuficiente. “El papel de los gobernantes ilustrados no era contrariar ni obstruir sino canalizar, y el caso español no fue distinto”. Se suavizaron tensiones sociales mediante una política de reformas, hubo beneficios legales a favor de los marginados, que reflejaban tendencias ya vigentes en la sociedad española. Por el contrario, antiguas instituciones, como la Mesta, los gremios o la Inquisición, ya envejecidas, perdían vigencia, vitalidad, no encontraban sentido en una sociedad abocada a importantes cambios. La política exterior adquirió una gran expansión y la América española continuó como el gozne en torno al que giraba esta política. La Paz de

³ G. SIMMEL, *Problemas de Filosofía de la Historia. Seguidos de los estudios El Tiempo histórico, La configuración histórica*, trad. de Elsa Tabernig, Editorial Nova, Buenos Aires, 1950, p. 209 ss.

⁴ J. MARÍAS, *España inteligible. Razón histórica de las Españas*, 1ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 265 ss.
R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013 ISSN: 2340-4647

Versalles de 1783 simboliza el punto de máxima expansión, aunque no se supo hacer frente al creciente descontento que surgía en la sociedad americana, ni prever sus consecuencias⁵.

Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812 que de ellas surge representan el acto final y acelerado de un largo proceso que se había iniciado en el siglo XVII y se prolongó a lo largo del XVIII, estudiado por el mismo Jovellanos, testigo y protagonista de esta realidad. Su “Informe sobre la ley Agraria” redactado en 1794 es un ejemplo, el Gobierno lo acogió con indiferencia, tuvo una repercusión meramente doctrinal. Sin embargo, unas palabras del ilustrado asturiano en 1796 son esclarecedoras por el significado que su autor daba a la extensión social de las ideas reformadoras a través del tiempo, al margen de sobresaltos revolucionarios: “Corre la Ley agraria con gran fortuna y espero lograr completamente mi deseo, reducido a que se leyese en todas partes, y por ese medio pasasen sus principios a formar opinión pública, único arbitrio para esperar algún día su establecimiento, puesto que no cabe en las ideas actuales de nuestros golillas”⁶. No obstante, a partir de 1810 adquiere especial relevancia.

No es de extrañar que cuando la Junta Central refugiada en Cádiz difundió la consulta al país entre personas que fuesen representativas de la sociedad española, la respuesta mayoritaria consistió en la necesidad de una Constitución. En España había en 1810 una opinión pública ya formada, aunque minoritaria. A pesar del proceso revolucionario que representaron las Cortes de Cádiz, en situación tan crítica como fue la guerra de Independencia, sin embargo, se aprecia en el texto constitucional un deseo de mantener un carácter de continuidad que pretendía reforzar la legitimidad de la Constitución, junto a la novedad que representaba la idea de la soberanía nacional.

Pilar García Trobat recalca, no obstante, el carácter innovador de las Cortes generales y extraordinarias y, como consecuencia, del texto constitucional, “la instalación de las cortes y la proclamación de la soberanía nacional supuso el inicio de la historia de la nación española”. En el periódico “El Conciso” de 8 de septiembre de 1810 se lee, “habrá patria el día en que las cortes abran sus sesiones”. El “Semanario Patriótico” con fecha de 22 de noviembre de 1810 dice, los españoles “constituidos imperfectísimamente en lo antiguo... desde el día 24 de septiembre formaban una verdadera asociación política y eran realmente una nación, un pueblo”.

Los liberales mantenían “la ilusión de emprender esta tarea de construir una España nueva derribando la anterior por completo”, y esta ilusión “no les detuvo”. Sin embargo, a la mayoría del pueblo en guerra, sublevado en armas, el concepto de Constitución no le llega, sí el de nación, “por ello se insistirá en relacionar nación, ciudadano y constitución. Todo quería ser lo mismo. Sin la constitución no había nación. Porque la nación que se crea, la nación que se defiende era la soberana. La patria de los españoles no era solo el territorio de España y los individuos que le habitan, era también la constitución que los ligaba”⁷.

Se puede afirmar que las Cortes de Cádiz se debaten en la paradoja de lo nuevo y lo viejo, se quiere atar bien todos los cabos de la legitimidad, tanto desde un punto de vista histórico, como desde un punto de vista revolucionario. Tal paradoja representa las dos tendencias de los liberales, la de la soberanía histórica defendida por Jovellanos y Martínez de la Rosa y la de la soberanía nacional representada en Agustín Argüelles o Muñoz Torrero. Se ponen las bases de las dos vías del futuro liberalismo español, la conservadora y la progresista.

2. CONSTITUCIÓN JURÍDICA Y CONSTITUCIÓN SOCIAL

⁵ A. DOMINGUEZ ORTÍZ, *Carlos III y la España de la Ilustración*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 227 s.

⁶ G. ANES, *Economía e “Ilustración” en la España del siglo XVIII*, 2ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1972, p. 127.

⁷ P. GARCÍA TROBAT, *La constitución de 1812 y la educación política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, p. 80 ss.

El preámbulo del texto constitucional simboliza todo un alarde de argumentación comunicativa con la pretensión, no sólo de persuadir, sino también de convencer. Realidad, historia e imaginación son los ingredientes para construir un texto jurídico perdurable en el tiempo. Las “Cortes generales y extraordinarias” constituidas en septiembre de 1810 son las que decretan y sancionan la Constitución. Razón y tradición están presentes desde el inicio del texto constitucional, “después del más detenido examen y madura deliberación, de que las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones, que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento”. La Constitución pretende enlazar con la constitución de la nación, su realidad más importante. La vertebración jurídica y social expresada en sus “antiguas leyes fundamentales”.

Los constituyentes son conscientes del momento histórico que viven. La solemnidad se manifiesta en la responsabilidad que asumen. No se trata de la aplicación de un derecho consuetudinario, caracterizado por la tranquilidad que otorga la “traditio” de los antepasados, del sentimiento popular de un derecho acrítico y sentido más que razonado. Frente a esta posibilidad, la ley que surge es fruto “después del más detenido examen y madura deliberación”, la Constitución nace de un laboratorio racional, aunque se pretende que se imbrique en las antiguas leyes fundamentales de la Monarquía. La Constitución de 1812 es hija de la Ilustración, aunque con diversidad de aditamentos: la Ilustración española, algunos autores que han marcado la historia de finales del XVIII como es el caso de Rousseau, Bentham o Sieyès, Constituciones como la francesa de 1791 y, por supuesto, lo que se podría denominar como el sentimiento jurídico español.

El derecho romántico del segundo Savigny aún se encuentra lejos de la Constitución de Cádiz, sin embargo, late en el quehacer de los constituyentes que dan lugar a la norma fundamental. El “volksgeist”, el “espíritu del pueblo”, está presente en el sentimiento de la trascendencia de la Constitución como símbolo de libertad en un momento histórico de profundas convulsiones y, por tanto, de crisis, de cambio. La “sensación y contemplación inmediatas”, simbolizadas en los “institutos jurídicos”, como fuente del derecho difiere de un “detenido examen y una madura deliberación”. Las Cortes de Cádiz, como representantes extraordinarios de un pueblo sublevado en armas contra un invasor al que consideran tiránico, simbolizan un sentimiento romántico que transcurre a un nivel diferente al de la razón que preside la elaboración del texto constitucional. En este caso el hecho que da lugar al derecho se caracteriza por ser un movimiento vital, en el que el concepto de nación adquiere el carácter romántico que va a presidir la primera mitad del siglo XIX. La nación aparece como protagonista de los acontecimientos y que se pretende reflejar en la Constitución.

La crisis del Antiguo Régimen hizo posible la conquista del poder y la formación de una creciente opinión liberal, concepto político que nace en las Cortes de Cádiz y se extiende por Europa. Miguel Artola hace hincapié en la trascendencia de la guerra como causa de la crisis. La crisis dinástica simbolizada en el motín de Aranjuez y en las abdicaciones de Bayona hizo que los titulares del aparato del Estado “no se atreviesen a ejercer su poder, cuando hacerlo comprometía su carrera. El poder, abandonado por sus titulares, recayó en manos del pueblo”⁸.

Las Cortes Constituyentes creyeron de forma imaginada, y con un cierto grado de ingenuidad, que eran las depositarias de la legitimidad y de la continuidad histórica al encontrarse el Trono vacante tras las vergonzosas y humillantes abdicaciones de Bayona de 1808. No había más poder real y efectivo que el de la nación en armas. Aranguren apunta que esta realidad tenía que reflejarse en la Constitución, la separación de poderes aparece como el resultado de una circunstancia histórica. La separación se entendía como la

⁸ M. ARTOLA, *La Guerra de la Independencia*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2007, p. 9.
R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

distinción entre el poder efectivo de la nación y el poder histórico y tradicional de la Monarquía, “que ya se habían separado en la realidad antes de estarlo por la Ley”⁹.

El paso demasiado largo que daba Savigny entre los “institutos jurídicos”, como derecho contemplado y sentido de forma popular, y las “reglas jurídicas” derivación de aquéllos pero que necesitaban ya de la elaboración del jurista, no parece plantearse en las Cortes que transcurrieron entre 1810 y 1813. Existe la preocupación y el propósito de los constituyentes por presentar a la Constitución como continuadora de las antiguas leyes fundamentales de la Monarquía, usurpadas por José Bonaparte. En esta situación son las Cortes generales y extraordinarias las que simbolizan la continuidad constitucional y constitutiva de la Nación.

3. HERMENÉUTICA Y LITERATURA: LA LIBERTAD VERTEBRA LOS TIEMPOS

Un liberal tan poco sospechoso de ideas revolucionarias como Álvaro Flórez Estrada y que influyó en la tendencia del liberalismo progresista de las Cortes de Cádiz recuerda que “a pesar de la opresión en que ha quedado España desde la guerra de las comunidades de Castilla, en la que pereció su antigua libertad con todos sus heroicos defensores, en teoría jamás se ha dejado de decir que el rey debía estar sometido a las leyes; que su autoridad dimanaba de éstas; que las Cortes eran el único cuerpo legislativo de la nación y no el monarca”¹⁰. Su crítica se dirige contra la anulación de la Constitución y la persecución de los liberales por parte de Fernando VII a su regreso a España en 1814.

La consideración de que la Monarquía en España siempre estuvo limitada por antiguas leyes estaba muy extendida entre tratadistas y amplios sectores de la sociedad española. La rebelión de las Comunidades de Castilla (1520-1521) se mantuvo en el recuerdo como ejemplo de defensa de las libertades del pueblo llano y de las ciudades castellano-leonesas frente al proyecto que implicaba la figura de Carlos I, futuro Carlos V, y una buena parte de la alta nobleza. Para los liberales del XIX el movimiento de los comuneros se convirtió en símbolo de libertad, en un intento de renovación del sistema constitucional heredado de la Edad Media a la luz del Renacimiento. Gutiérrez Nieto destaca que “en las cortes de Cádiz se hará tópico aludir a las comunidades como el fin de la libertad en Castilla, de la misma forma que el ajusticiamiento de Lanuza lo sería en Aragón”.

El uso de la fuerza por parte de los monarcas, así como la falta de apoyo de la nobleza y el clero, demostraban “históricamente” que eran la causa de la vulneración de las libertades, consecuentemente, se esgrime esta argumentación para llevar a cabo las reformas de Cádiz que se plasmarán y concretarán en la Constitución. “Las alusiones a los ‘nobles gritos de los comuneros’, a ‘los bravos comuneros’, etc., serían constantes en los doceañistas”. Los comuneros se habían convertido en los precursores de los liberales españoles¹¹.

También para los comuneros las leyes fundamentales del reino corrían el riesgo de ser violentadas con la llegada del nuevo monarca y su corte flamenca¹². La labor de

⁹ J.L. LÓPEZ ARANGUREN, *Ética y política*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1996, p. 134.

¹⁰ A. FLÓREZ ESTRADA, *En defensa de las Cortes. Con dos apéndices, uno sobre la libertad de imprenta y otro en defensa de los derechos de reunión y de asociación*, Editorial Miguel Castellote, Madrid, 1973, p. 52.

¹¹ J.I. GUTIÉRREZ NIETO, *Las comunidades como movimiento antiseñorial. (La formación del bando realista en la guerra civil castellana de 1520-1521)*, Editorial Planeta, Barcelona, 1973, p. 57 s.

¹² Ya en las Cortes de Valladolid de 1518 se plantea la cuestión ante las peticiones del monarca: “E, muy poderoso señor, ante todas cosas, queremos traer a la memoria de vuestra alteza, se acuerde que fue escogido he llamado por rey, cuia interpretación es regir bien, y porque de otra manera non sería regir bien mas desypar e ansy non se podría decir nin llamar rey e el buen regir es facer justicia, que es dar a cada uno lo que es suyo, e este tal es verdadero rey” y añaden “Pues, muy poderoso señor, sy esto es verdad, vuestra alteza, por hacer ésta reynar, la qual tyene propiedad que quando los súbditos duermen, ella vela, e ansy vuestra alteza lo debe hacer, pues en verdad nuestro mercenario es, e por esta causa, asaz sus súbditos le dan parte de sus frutos e ganancias suias e le syruen con sus personas todas las veces que son llamados; pues mire vuestra alteza sy es obligado por contrato

interpretación se impone con la ayuda del decurso histórico en el que se aprecia una afirmación de continuidad, no exenta de labor imaginativa, junto con momentos de crisis, de profundos cambios, que pretenden aparecer como hitos de ruptura, pero que, a la postre, temen un salto en el vacío intemporal¹³. Maravall destaca que en las Comunidades de Castilla, no sólo hay un pensamiento político, sino que éste afecta incluso a la ordenación constitucional del Reino. En Valladolid se enuncia un concepto de Constitución, “que es probablemente el primero que se descubre en nuestra Historia”, aunque se debe tener en cuenta que se trata de la configuración de un Estado moderno en su fase estamental. Se hace hincapié en el contrato entre el reino y el monarca, éste no tiene más remedio que aceptarlo si quiere ser reconocido como rey. A pesar de que se trató de un intento frustrado, sin embargo, consta como ejemplo de sentimiento interpretable¹⁴.

Joseph Pérez alude también a estas ideas en relación a un documento similar que implicaba la culminación ideológica del movimiento comunero, “si este programa de Tordesillas hubiera sido redactado doscientos o trescientos años más tarde lo hubiéramos calificado de proyecto constitucional, y ciertamente no nos habríamos equivocado” y añade “recogieron también en el pensamiento político transmitido por los teólogos una idea mucho más revolucionaria que pretendían implantar en la realidad: el rey y el reino no se hallaban en igualdad. En caso de conflicto entre ambos la última palabra correspondía al reino”¹⁵.

El ir y venir histórico, ejercicio hermenéutico, permite descubrir que el viaje en el tiempo presenta un camino irregular, de planicies y períodos tortuosos. Gadamer afirma que “el tiempo ya no es primariamente un abismo que hubiera de ser salvado porque por sí mismo sería causa de división y lejanía, sino que es en realidad el fundamento que sustenta el acontecer en el que tiene sus raíces el presente”. Hay una cuestión esencial, “la distancia en el tiempo no es en consecuencia algo que tenga que ser superado. Este era más bien el presupuesto ingenuo del historicismo: que había que desplazarse al espíritu de la época, pensar en sus conceptos y representaciones en vez de en las propias”. La consecuencia era que sólo así se podría garantizar una objetividad histórica. Para Gadamer, en cambio, de lo que se trata es de “reconocer la distancia en el tiempo como una posibilidad positiva y productiva del comprender”.

El tiempo se convierte en un aliado para la comprensión del presente y del propio pasado, “no es un abismo devorador, sino que está cubierto por la continuidad de procedencia y de la tradición, a cuya luz se nos muestra todo lo transmitido”. La contemplación de los hechos adquiere mayor veracidad, mayor comprensión, a través del matiz y la distancia del tiempo, es más “no será aquí exagerado hablar de una genuina productividad del acontecer”. En este ir y venir en el tiempo la comprensión se extiende tanto al pasado como al presente, los acontecimientos adquieren más luz en los dos lugares. Es cierto que se debe representar el pasado en su propio escenario y el presente en el suyo, sin embargo, a partir de ese planteamiento ambos se comunican y se interrelacionan mediante una comprensión mutua. Desde este punto de vista se puede afirmar, al hilo del planteamiento de Gadamer, que comprender la época o las épocas, no es “comprender mejor” sino comprender de un modo “diferente”. La comprensión no es un comportamiento reproductivo, sino productivo.

Un acontecimiento sólo adquiere objetividad suficiente cuando ha alcanzado una cierta distancia histórica. Algo se hace reconocible, se podría decir que comprensible,

callado a los tener e guardar justicia...”. J. PÉREZ, *La revolución de las Comunidades de Castilla*, trad. de Juan José Faci Lacasta, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1977, p. 119 s.

¹³ El ejemplo que más dudas puede suscitar en este sentido es la Constitución de 1931 de la II República, sin embargo, Ramón Tamames advierte que, a pesar de otras influencias constitucionales extranjeras, cosa normal en toda Constitución, “se mantuvieron no pocas de las instituciones de nuestro largo y tormentoso proceso histórico constitucional”. R. TAMAMES, *La República. La Era de Franco*, Alianza Editorial, Alfaguara, 4ª ed., Madrid, 1975, p. 159.

¹⁴ J.A. MARAVALL, *Las Comunidades de Castilla. Una primera revolución moderna*, Alianza Editorial, Madrid, 1979, p. 81 s.

¹⁵ J. PÉREZ, *La revolución de las Comunidades de Castilla (1520-1521)*, cit., nota 12, p. 558 s.
R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

cuando “se distingue desde la distancia respecto a la actualidad y sus efímeras circunstancias”. Algo se hace auténticamente reconocible cuando “pertenece a un nexo más o menos concluido”. No obstante, se produce una paradoja que no deja de ser inquietante, algo es comprensible “cuando está suficientemente muerto como para que ya sólo interese históricamente”. Gadamer se pregunta si no es este el viejo problema moral “de si alguien puede ser llamado feliz antes de su muerte”. La distancia permite “una expresión completa del verdadero sentido que hay en las cosas”.

En cuanto a la interpretación de los textos o de una obra de arte es bien conocido el planteamiento de Gadamer, su verdadero sentido “no se agota al llegar a un determinado punto, sino que es un proceso infinito”, constantemente aparecen nuevas fuentes de comprensión que dan lugar a relaciones insospechadas. En este caso, la distancia en el tiempo provoca un constante movimiento en expansión, el “círculo hermenéutico” se convierte, más bien, en un movimiento en espiral. “Junto al lado negativo del filtraje que opera la distancia en el tiempo aparece simultáneamente su aspecto positivo para la comprensión”. Tiene lugar una labor de selección por la que mueren los prejuicios de naturaleza particular y aparecen los que permiten una comprensión correcta¹⁶.

La comprensión de los acontecimientos desde un punto de vista histórico adquiere un carácter objetivo, han muerto y, por tanto, viven en un estado de felicidad, ya son inocuos. No obstante, volver a interpretar los hechos, supone, de alguna manera revivir, volver a vivir, “ni está el mañana –ni el ayer- escrito”. La objetividad histórica puede ayudar a comprender el pasado y, por tanto, también el presente, sin embargo, sin que exista contradicción con la idea de Gadamer, ello implica, como la vida, una inevitable y cierta infelicidad. La hermenéutica histórica lleva consigo algún sentimiento vital, de incertidumbre, la historia no muere del todo. Los acontecimientos encuentran mayor objetividad, mayor grado de mortalidad, a medida que se alejan en el tiempo, sin embargo, adquieren vitalidad cuando son contrastados con el presente.

La hermenéutica adquiere especial trascendencia en el presente trabajo. Presenta dos perspectivas, por una parte, una interpretación de los hechos representados en las Cortes de Cádiz y, por otra parte, la interpretación de documento de la trascendencia, más simbólica que real, de la Constitución de 1812. La paradoja de la que se hacía referencia más arriba se hace también aquí presente. En primer lugar, aparecen las Cortes como un hecho que se pretende sea conectado con el presente, sometido en su interpretación a la siempre incierta situación de muerte o vida. En segundo lugar, el texto constitucional, que puede ser interpretado en forma de espiral, hasta el infinito. Estas dos perspectivas son dos verdades de una misma realidad.

La literatura mantiene siempre viva la conexión entre el pasado y el presente, colabora a que la veracidad de la historia se haga pensamiento. Pérez Galdós describe el escenario y el argumento por los que transcurren sus personajes en aquellos fervientes días de las Cortes reunidas en Cádiz. García Herrero, diputado por Soria, se dispone a hablar, “la atención del Congreso estaba fija en el orador, uno de los más severos y elocuentes de aquella primera fecunda hornada. Profundo silencio reinaba en el salón, lo mismo que en las tribunas. Callamos Presentación y yo, y atendimos también, ambos absortos y suspensos, porque la palabra de García Herreros, enérgica y sonora, era de las que imperiosamente se hacen oír y acallan todos los rumores de una asamblea”. La solemnidad del acto adquiere un estilo teatral, casi dramático. Como no podía ser menos, el diputado por Soria alude al heroísmo de Numancia, otra vez la historia como argumento, “aún conservo en mi pecho el calor de aquellas llamas, y él me inflama para asegurar que el pueblo numantino no reconocerá más señorío que el de la nación. Quiere ser libre y sabe el camino de serlo”.

¹⁶ H.G. GADAMER, *Verdad y método*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Ediciones Sígueme, 12ª ed., Salamanca, 2007, p. 366 ss.
R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

La sintonía entre el diputado y el público es total, el pueblo es también protagonista, “ruidosos aplausos de abajo, y aplausos, patadas y gritos de arriba, ahogaron las últimas palabras del orador. Presentación me miró; sus mejillas estaban inundadas de lágrimas.

–¡Oh, señor de Araceli! –me dijo-. Ese hombre me ha hecho llorar. ¡Qué hermoso es lo que ha dicho!”¹⁷. La literatura de ficción se confunde con la literatura política y jurídica, todas ellas con importantes alardes de imaginación. “Las Cortes generales y extraordinarias” se constituyeron el 24 de septiembre de 1810. El Decreto I contempla este hecho histórico: “Los diputados que componen este Congreso, y que representan la Nación española, se declaran legítimamente constituidos en Córtes generales y extraordinarias, y que reside en ellas la soberanía nacional”. Un poco más adelante añade, “conformes en todo con la voluntad general, pronunciada del modo más enérgico y patente”. Se plantea ya la separación de poderes, “no conviniendo queden reunidos el Poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, declaran las Córtes generales y extraordinarias que se reservan el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión”¹⁸.

El tiempo, con su gran poder de dinamismo, está siempre presente. Por una parte, el acontecimiento resuena a ruptura con el pasado, por otra, está la voluntad del recuerdo de las antiguas costumbres, “amaneció por fin el 24 de septiembre tan deseado de los buenos, que veían enlazada por decirlo así, la época del día con la era feliz en que la nación acostumbraba a reunirse para deliberar sobre sus grandes intereses”. Esta es la evocación de aquel día, años más tarde, por parte de uno de los más significados representantes, Agustín Argüelles, del grupo más liberal o progresista desde su exilio en Londres¹⁹. La idea de continuidad permanece presente, sin embargo, es inevitable un salto en el vacío. El mismo deseo de enlazar “con la era feliz” supone un reconocimiento de que ha sido arrebatada a los “buenos”, a un pueblo que ha sido considerado inocente y víctima de traiciones y latrocinios. Se ha producido un corte de la “era feliz”, sin que Argüelles especifique desde cuándo.

4. PROSPERIDAD, FELICIDAD, BIENESTAR: HABLAN LOS DIPUTADOS

El preámbulo del texto constitucional contempla los fines de la ley fundamental, “promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la nación”. El verbo “promover” apunta ya un carácter especialmente moderno, muy constitucional, vinculado a un poder del Estado que se basa en la soberanía nacional. El bien es para “toda la nación”, sin exclusiones. La “gloria” tiene un sabor histórico, casi de nostalgia de tiempos pasados. La prosperidad es una clara influencia ilustrada, completada con la “felicidad de la nación” y “el bienestar de los individuos” del artículo 13 como fines del gobierno. Prosperidad, felicidad y bienestar calan sus raíces en el incipiente utilitarismo defendido como modelo ético por Jeremías Bentham. La influencia del autor inglés es importante en los constituyentes de Cádiz. “La mayor felicidad del mayor número es la medida de lo justo y de lo injusto”, este es el gran axioma del utilitarismo, el progreso técnico que ya se apuntaba a comienzos del XIX se va a convertir en el paradigma de lo útil y extrapolable al mundo moral, “si en el mundo natural son posibles nuevos descubrimientos y útil su publicación, no es menor la posibilidad de la reforma en el mundo moral, ni menos útil proponerla”²⁰.

Las Cortes de Cádiz representan un ejemplo de la preocupación que mostraba Simmel acerca de que procesos externos como los políticos, jurídicos, económicos, sociales o técnicos dejaran de ser interesantes, “comprensibles para nosotros si no procedieran de

¹⁷ B. PÉREZ GALDÓS, *Episodios nacionales. Tomo VIII. Cádiz*, Editorial Club Internacional del Libro, Madrid, 2003, p. 747.

¹⁸ COLECCION DE LOS DECRETOS Y ÓRDENES *que han expedido las Córtes generales y extraordinarias desde su instalación de 24 de setiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811. Mandada publicar de orden de las mismas. Tomo I*, Imprenta Nacional, Madrid, 1820, p. 1 s. Se ha respetado la grafía original del documento.

¹⁹ S. GANDARIAS ALONSO DE CELIS, E. PRIETO HERNÁNDEZ (coord.), *Crónicas parlamentarias para la Constitución de 1812. 24 de septiembre de 1810-19 de marzo de 1812*, Cortes Generales, Madrid, 2012, p. 17.

²⁰ J. BENTHAM, *Fragmento sobre el gobierno*, trad. de Julián Larios Ramos, Editorial Sarpe, Madrid, 1985, p. 26. R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

movimientos anímicos y no provocaran movimientos anímicos”. La vivencia constitucional de 1812, hecho histórico imbricado con procesos externos políticos, jurídicos o sociales, no ha de ser “un juego de títeres”, al contrario, se trata de una historia que, para Simmel, representaría “procesos anímicos y todos los acontecimientos exteriores que relata no son más que puentes tendidos entre impulsos y actos volitivos por una parte, y por otra, reflejos sentimentales provocados por aquellos sucesos exteriores”²¹.

En el debate del proyecto de Constitución el contenido del mencionado artículo 13 se recogía en un artículo 4. El diputado Felipe Aner propone que se traslade a donde va a quedar, en el Capítulo III del Título II que habla sobre el Gobierno. Agustín Argüelles defiende que se apruebe en primer lugar el artículo y posteriormente ya se decidirá en qué lugar debe contemplarse. José Espiga apoya a Argüelles con un argumento que refleja el interés que existía en aprobar el texto constitucional, “si continuamos en discutir la Constitución tan prolija y ridículamente, no acabaremos en muchos meses de sancionar lo que con tanta inquietud espera la Nación, y privaremos á esta de un bien que acaso nos traería la felicidad y prosperidad general”. La Constitución aparece como una necesidad que exige la nación. Las Cortes de Cádiz se erigen en portadoras de lo que consideran un sentir general. No obstante, poco tiempo después los hechos demostrarían que era una élite de la sociedad española la que sentía tal necesidad, aunque es cierto que se trataba de un grupo importante y representativo. Conviene recordar que las élites han dirigido, con frecuencia, el curso de los pueblos.

El diputado Joaquín Lorenzo Villanueva, canónigo, tiene una intuición interesante cuando pretende cambiar el término “bienestar” por el de “bien”, dado que “da una visión de sociedad y no individual”. Los utilitaristas como Bentham confundían, desde este punto de vista, la felicidad con el bienestar²². El término más “social” de “bien” suponía una interpretación que se adelantaba a su tiempo, frente al criterio personalista o individualista de “bienestar”, su propuesta no prosperó y, de acuerdo con el criterio de Diego Muñoz Torrero, presidente de la comisión de la Constitución, el artículo se traslada al Capítulo III del Título II como artículo 13. Al mismo tiempo se debate el concepto de “felicidad”, de larga tradición ilustrada²³.

La Constitución es un alarde imaginativo de metáforas que contribuyen, en ocasiones, a la brillantez. Así sucede con el artículo 4 en el que se contemplan dos valores superiores, la libertad civil y la propiedad, para añadir a continuación “y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”. No obstante, lo más peculiar se lee al comienzo, “la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas”. La justicia surge como otro valor, aunque en forma implícita, y las leyes deben ser “sabias”, racionales, mejor se podría decir razonables.

Se hace hincapié en el “deber ser”, se puede interpretar el artículo como una “norma fundamental” kelseniana mucho antes de Kelsen, una norma imaginada, “la nación está obligada”, en definitiva, a que se cumpla la Constitución, “deber ser cumplida la Constitución”. Cobran aquí sentido las palabras de Jesús Ignacio Martínez, “el jurista recurre frecuentemente a la metáfora para articular su propio pensamiento y domina una retórica que hace abundante uso de figuras e imágenes, provocando una eficaz intersección entre el mundo de la acción y el mundo de la representación”, de tal forma que imaginar es “recrear la literalidad de una norma que puede llegar a adquirir algo así como vida propia”²⁴.

²¹ G. SIMMEL, *Problemas de Filosofía de la Historia*, cit., nota 3, p. 13.

²² En este sentido afirma Julián Marías que “a última hora se tiene la impresión de que la felicidad se ha volatilizado, de que se está hablando de otra cosa: del *bienestar*. ¿Es lo mismo? Es posible que la felicidad requiera el bienestar, pero ¿puede consistir en él? ¿No corremos el riesgo de quedarnos sin ella, de ni siquiera buscarla?”. J. MARÍAS, *La felicidad humana*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 157.

²³ S. GANDARIAS ALONSO DE CELIS y E. PRIETO HERNÁNDEZ (coord.), *Crónicas parlamentarias para la Constitución de 1812. 24 de septiembre de 1810-19 de marzo de 1812*, cit., nota 19, p. 811.

²⁴ J.I. MARTÍNEZ GARCÍA, *La imaginación jurídica*, Editorial Debate, Madrid, 1992, p. 97 s.

Las leyes han de ser sabias y justas, tienen vida propia, están personalizadas como fruto de un personaje de ficción, aunque verdadero, que, gracias a la ley, traspasa la frontera de la ficción para adquirir realidad. Se dirá que la nación es un ser real, fruto de la historia, del sentimiento, de la cultura, de la voluntad, sin embargo, quien le da esa “verdad-realidad” actuante es el derecho, es el legislador, es el constituyente. La nación adquiere una obligación, un deber, la de “conservar y proteger por leyes sabias y justas” la misma Constitución que le concede ese rango de actor protagonista.

El diputado Joaquín Lorenzo propone alguna modificación, “donde se dice ‘proteger la libertad civil’ interpondría yo ‘la religión, el orden público, la libertad etc.’ Porque los individuos de la Nación no deben considerarse solamente con respecto á sí mismos, sino con respecto á la religión que profesa y protege el Estado, y al orden que debe subsistir en la sociedad”. José Joaquín Ortiz considera que se debe aludir a la igualdad legal, José María Calatrava argumenta que no es el artículo idóneo para hablar de la igualdad.

Diego Muñoz Torrero, de forma hábil y pragmática, consigue que este artículo tan significativo no sufra modificaciones, por una parte recalca que “la igualdad no es un derecho sino un modo de gozar de los derechos” y, por otra parte, diluye uno de los temas que podría haber roto el camino del consenso que se pretendía, no se debe poner en duda que el Gobierno defiende la religión, puesto que, de lo contrario, eso sería “injuriar al Congreso”. Define la igualdad con gran precisión y evita el problema religioso. Ante la insistencia de Joaquín Lorenzo de que se haga hincapié en la defensa religiosa Agustín Argüelles zanja la discusión al recordar que una Constitución es un texto político y no religioso y que la religión queda muy bien garantizada en el texto constitucional, como así se refleja en el artículo 12²⁵.

El artículo 1 define lo que es la nación: “La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios”. La imaginación ha de beber de la realidad para elaborar ficciones y verdades que vuelven al mundo de la realidad, aunque transformada. Si la nación existe de manera previa al derecho, sin embargo, es éste quien la define como “reunión”, con un carácter de dinamismo histórico. Las personas se reúnen para conversar, para decidir, para estar, para llevar a cabo un proyecto. La existencia real de estos españoles se asienta sobre límites de ficción, “ambos hemisferios”²⁶.

5. PEDAGOGÍA Y DERECHO

No es exagerado afirmar que la Constitución de 1812 tiene en cuenta, desde el comienzo, lo que se podría denominar una labor pedagógica. Como ya se ha mencionado, por una parte, “la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas” los valores constitucionales mediante una labor activa, por otra, en el artículo 7 se recuerda un principio básico de educación cívica, “todo español está obligado a ser fiel a la Constitución, obedecer las leyes y respetar las autoridades establecidas”. El respeto al principio de legalidad aparece, no sólo como un deber jurídico, sino también ético. Esta exigencia está fundamentada en la defensa de “la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos” que integran la nación. No se trata de una orden autoritaria, sino de una autoridad que se entiende legítima porque es la nación misma la que lo pide y, sobre todo, por los fines que pretende.

Pablo Lucas Verdú lleva a cabo un estudio comparativo entre el texto constitucional de Cádiz y la Constitución de 1978, “salvando las distancias históricas y sociales, puede decirse que, tanto en 1812 como en 1978, el pueblo español actuó patrióticamente para establecer un sistema constitucional defensor de la dignidad humana y de los derechos fundamentales que le son inherentes”. Hubo, por tanto, una “coherencia con el orden

²⁵ S. GANDARIAS ALONSO DE CELIS y E. PRIETO HERNÁNDEZ, *Crónicas parlamentarias para la Constitución de 1812. 24 de septiembre de 1810-19 de marzo de 1812*, cit., nota 19, p. 812 s.

²⁶ E. TIERNO GALVÁN, *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1936)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1975, p. 22 ss. Texto utilizado como fuente para el presente estudio.

jurídico que se estaba estableciendo en cada caso”. El mencionado artículo 7 de 1812 y su relación con el 9 de 1978 llevan a recordar que esconden algo aún más importante, “el establecimiento de un marco de convivencia en el que la nación española pudiera gobernarse desde el respeto a la libertad de todos sus integrantes mediante la limitación jurídica del poder político para conseguir el bienestar general”. Convivencia y bienestar configuran el entramado real que resulta de la defensa de la dignidad, la libertad y los derechos fundamentales.

La historia ilumina una vez más, con un propósito crítico y ejemplarizante al mismo tiempo. Lucas Verdú advierte, desde este punto de vista, que la valoración de la historia no se mide “con la frialdad de los hechos y datos físicos y matemáticos porque está influida por el impulso del espíritu, que es un valor y los valores no se miden, pesan o calculan como los económicos”. La historia comunica los diferentes tiempos y épocas, aunque cada uno desde sus propias características.

Existe un paralelismo entre la Constitución de 1812 y la de 1978, ambas tuvieron proyección a nivel internacional en el momento en que se aprobaron. La primera influyó en el proceso constituyente de los nuevos países de Hispanoamérica, sin olvidar que para muchos españoles de América la consideraron su Constitución. La influencia fue también relevante en Italia en los inicios de procesos revolucionarios como los del Piamonte, la Lombardía o el Reino de las Dos Sicilias en los años de 1820, así como en Portugal o incluso en países escandinavos. Causa sorpresa que la influencia de la Constitución doceañista se prolongó en el tiempo más que su propia vigencia, que como se sabe, no fue más allá del Trienio Liberal (1820-1823) después de que fuera derogada por Fernando VII con motivo de su regreso a España en 1814. La Constitución de 1978, por su parte, ha sido admirada por ser el resultado de la transición política llevada a cabo en España a partir de 1975.

El “Espíritu patriótico”, no patriotero, del 12 aparece como un símbolo de defensa de la libertad. En este ejemplo de pedagogía, los constituyentes de Cádiz demuestran admiración por el estudio del derecho²⁷. Las consecuencias son, por una parte, el respeto y la obediencia a la ley porque no se olvida de dónde procede y cuál es el fin de la Constitución y, por otra parte, la estética del derecho, a pesar de tratarse de un texto prolijo.

La Constitución de 1812 presenta una notable preocupación por la educación cívica y política. Los artículos analizados más arriba son una muestra de ello, incluido el preámbulo, “las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones, que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento”. La Constitución es la resultante de las oportunas providencias y precauciones de las antiguas leyes fundamentales. El cumplimiento de la ley aparece como un elemento esencial que se concreta en el Capítulo II “De los españoles”, de manera especial entre los artículos 6 al 9, el amor a la patria, el logro de la justicia y la beneficencia, fidelidad a la Constitución, obediencia a las leyes y autoridades, contribución fiscal de carácter progresivo y defensa de la patria con las armas.

El texto constitucional es en sí mismo un ejemplo de pedagogía cívica, sin embargo, plantea, como no podía ser de otra manera, una preocupación especial por la educación, herencia de los antiguos ilustrados. El Título IX, en un Capítulo Único, contempla “De la instrucción pública”. El artículo 366 se caracteriza por su elegante sencillez que raya en la candidez, “en todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar”. Se pretende hacer frente al grave problema del analfabetismo en España que rondaba el 96% de la población.

²⁷ P. LUCAS VERDÚ, “La Constitución de Cádiz como paradigma examinada desde la de 1978”, en J.A. ESCUDERO, (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años, tomo II*, Editorial Espasa, Madrid, 2011, pp. 323-333.

Para Antonio Álvarez de Morales se trataba que la Constitución no se quedara en el mero territorio de los principios, sino que fuese llevado a la práctica. La Junta de Instrucción Pública, constituida en 1811, precisaba este artículo constitucional antes incluso de que se aprobase la Constitución, “debe ser una la doctrina de nuestras escuelas y unos los métodos de enseñanza, a que es consiguiente que sea también una la lengua en que se enseñe y que esta sea la lengua castellana”. La idea de la soberanía nacional, interpretada como unidad de la nación, se aprecia de forma clara en este artículo. El castellano, como símbolo de un sistema de enseñanza igualitario, desplazaría al latín como lengua fundamental. No se debe olvidar que el latín estaba considerado como la lengua culta de los grupos privilegiados en la sociedad estamental²⁸.

Aspecto importante que completa el artículo, se enseñará “el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles”. Es destacable la enseñanza cívica, cuestión primordial en los constituyentes de Cádiz desde el comienzo de la celebración de las Cortes y desde el inicio del texto constitucional. Este artículo 366 encuentra su desarrollo en el referente al fomento de la enseñanza universitaria y, de forma especial, en el 368 en el que expresamente se establece que “el plan general de enseñanza será uniforme en todo el reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas”. La Constitución debe explicarse, no sólo en la Universidad, sino también en aquellos estudios literarios de ciencias eclesiásticas y políticas, lo que hoy se podría denominar en las Ciencias sociales y humanas.

Se puede afirmar que el estudio del Derecho Constitucional entraba en la Universidad española. Universidades como las de Cervera, Valladolid, Granada, Salamanca o Huesca se dispusieron a enseñar la Constitución. Como ejemplo de este prometedor período José María Lahoz destaca el caso de Mariano Latre Juste, catedrático de Constitución en 1821-1822 y de Derecho Público en los Reales Estudios de San Isidro, que intentó demostrar que “la religión católica era compatible con los principios constitucionales”²⁹.

El Título IX culmina en el artículo 371, el derecho a la libertad de imprenta o actualmente denominado libertad de expresión. Es sabido que los constituyentes de Cádiz eligieron desparramar los derechos fundamentales a lo largo del texto constitucional, en lugar de presentarlos en una lista concreta al comienzo del documento como se había realizado en Constituciones anteriores, como las francesas de 1791, 1793 y 1795 al incluir la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano o al final del texto, con las primeras enmiendas, como es el caso de Estados Unidos (1789).

Los doceañistas pretendían, al salirse de lo establecido hasta entonces, imbricar los derechos fundamentales en aquellos apartados en los que pudiesen articular el resto de los artículos. Con ello se pretendía, por una parte, inspirar y justificar el resto del articulado y, por otra, servir de recordatorio con un propósito hasta cierto punto pedagógico, aún con el riesgo de que se perdiese en claridad. El mencionado artículo 371 es un ejemplo, “todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”. El diputado Manuel José Quintana defiende este artículo, “considera su independencia algo tan necesario al hombre libre que piensa como el de andar o respirar al hombre que vive”³⁰.

²⁸ A. ÁLVAREZ DE MORALES, “La enseñanza en escuelas y universidades”, en J.A. ESCUDERO, (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años, tomo III*, cit., nota 27, pp. 382-392.

²⁹ J.M. LAHOZ, “La Constitución de 1812 y la enseñanza del Derecho Constitucional”, en J.A. ESCUDERO, (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años, tomo III*, cit. nota 27, pp. 393-401.

³⁰ S. GANDARIAS ALONSO DE CELIS y E. PRIETO HERNÁNDEZ, *Crónicas parlamentarias para la Constitución de 1812. 24 de septiembre de 1810-19 de marzo de 1812*, cit., nota 19, p. 1210.

Miguel Artola es claro cuando argumenta que “la base de la doctrina liberal es el postulado de los derechos naturales, que los individuos conservan después que constituyen un poder que garantiza su ejercicio”. Las declaraciones de derechos contribuyeron a la difusión de las ideas revolucionarias, sin embargo, “tanto las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos y la Constitución de Cádiz ofrecieron una imagen recortada de ellos”. Artola argumenta que hubiera sido mejor que la libertad y la igualdad hubiesen tenido una mayor relevancia³¹. Desde este punto de vista Elías Díaz, al mismo tiempo que cita al profesor Eloy Terrón, pone de relieve la ideología demasiado radical del liberalismo que se extiende desde 1810 a 1823, muy preocupado por derribar el Antiguo Régimen, la Inquisición, los gremios, los privilegios de la Mesta, el dominio jurisdiccional de la nobleza, etc. En este primer liberalismo, sin embargo, no encajaba con facilidad la construcción de un sistema político que fomentara las llamadas “asociaciones intermedias”³².

6. LA CONSTITUCIÓN DE 1812 COMO PARADOJA

La Constitución de 1812 representa una nueva paradoja en la historia de España y de Europa, su relevancia se agiganta por las circunstancias en las que surgió, en plena guerra contra un invasor que, no se olvide, dividió a la sociedad española entre liberales y absolutistas, aunque unidos en la guerra y en las Cortes de forma provisional, frente a los “afrancesados”, aliados a José Bonaparte por convicción, por interés o por miedo. La profunda crisis despierta en los constituyentes de Cádiz un “espíritu de general intimidación”, expresión de Giner de los Ríos, que alentó la razón en forma de conciencia intelectual al mismo tiempo que el sentimiento y la voluntad. La imaginación aparece por doquier en el texto constitucional. Muy pronto el tiempo va a revelar que la noble imaginación ocultaba una alta dosis de ingenuidad por parte de los liberales.

La Constitución doceañista se presenta como un texto interpretable, con luces y sombras, que trasciende al tiempo y conecta el pasado con el presente, incluso con el futuro. Es ejemplo de las virtudes y defectos de una sociedad que lucha por romper una realidad, aparentemente inflexible, con verdades que ofrezcan alternativas para la elaboración de otro tipo de realidad.

“¿Quién ha visto la faz al Dios hispano?

Mi corazón aguarda
al hombre ibero de la recia mano
que tallará en el roble castellano
el Dios adusto de la tierra parda”.³³

³¹ M. ARTOLA, “Cortes y Constitución de Cádiz”, en J.A. ESCUDERO, (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años, tomo I, cit.*, nota 27, pp. 3-19.

³² E. DÍAZ, *La filosofía social del krausismo español*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1983, p. 146 s.

³³ A. MACHADO, “Campos de Castilla (1907-1917)”, en *Poesías completas, cit.*, nota 1, p. 142.

EL MENOR Y SU DERECHO A LA INTIMIDAD ANTE LOS RIESGOS EN LA UTILIZACIÓN DE REDES SOCIALES.

MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ

Profesora Ayudante-Doctora de Derecho Civil
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 7 de marzo de 2013

Fecha de aceptación: 7 de abril de 2013

SUMARIO.-1.-INTRODUCCIÓN.-2.-RESPUESTAS JURÍDICAS.-2.1 ACCESO DEL MENOR A LA RED.- 2.2. INTIMIDAD, EXTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS.- 2.3.JUSTIFICACIÓN EN LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.3.- REFLEXIONES FINALES

RESUMEN: Las redes sociales son aplicaciones muy utilizadas por los menores de edad para hacer lo que más les gusta en Internet: comunicarse. Preferentemente las utilizan para estar en contacto con su grupo de amigos/as y compartir fotos, música y vivencias. En muchos casos ponen en riesgo evidente los derechos de su personalidad. Indudablemente hay que avanzar en una regulación específica que garantice una efectiva protección de la privacidad, centrada en el acceso y en su utilización responsable. Este trabajo intenta dar respuesta a la especial necesidad de protección de los menores de edad en la Web.2.0.

ABSTRACT: Social networks constitute a set of apps broadly employed by teenagers to do what they most like at Internet: to communicate. Their use is focused to be in touch with closer friends and relatives, and to share everyday life through multimedia files. However, in many cases they put at serious risk their rights of personality. Beyond any doubt, there is a growing need to advance in a specific regulation, which protects privacy and promotes a responsible access and use. This work goes in that research line, and presents some answers about how to protect teenagers in the so-called Internet 2.0.

PALABRAS CLAVE: redes sociales, menores, adolescentes, intimidad, internet.

KEYWORDS: social networks, minor, teenagers, privacy, Internet.

1. INTRODUCCIÓN

Las redes sociales se han convertido en uno de los fenómenos más impactantes a los que la sociedad actual ha de hacer frente, debido a la continua utilización que de las mismas se hace. Son en la actualidad una aplicación cuyo alcance está por determinar y que afecta de forma muy importante a la esfera jurídico personal de los sujetos, a la esfera de su personalidad y, muy especialmente, a la intimidad. La principal preocupación se circunscribe a que los sujetos usuarios de las redes exteriorizan la intimidad —extimidad— y desconocen en mayor medida la utilización que, de estos datos, se hace por parte de los proveedores de redes que, no lo olvidemos, son empresas con un fin económico. La tecnología Web se pone al servicio de la comunidad, de esta forma los sujetos interactúan entre ellos, y se produce toda clase de indexación social, actividad que en esencia son datos amparados por el derecho a la intimidad y propia imagen, como derecho inherente a la personalidad de los sujetos¹.

Se trata de servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil, desde el que hacer públicos datos e información personal y que proporcionan herramientas que logran interactuar con otros usuarios y localizarlos en función de las características publicadas en sus perfiles².

Las redes sociales de ocio cuentan con un nivel de riesgo importante dado que los partícipes pueden exponer de manera pública las vivencias, gustos, ideología y experiencias del usuario, lo que conlleva que el número de datos de carácter personal puestos a disposición del público sean numerosos y heterogéneos. Asimismo, se tratan algunos especialmente protegidos, lo que supone un mayor nivel de riesgo para la protección de los mismos y, por ende, del ámbito de la privacidad e intimidad de los usuarios.³

La utilización de tales servicios ofrece un amplio abanico de medios para comunicarse y en ocasiones, plantea inseguridades para la intimidad de los sujetos así como para terceras personas, ya que los datos relativos a las mismas son accesibles de forma pública y global de una manera y en unas cantidades sin precedentes, incluidas fotografías y videos digitales. Aunque la base de esta comunidad equipara la publicación de datos de carácter personal a una charla entre amigos, lo cierto es que la información de cada perfil está disponible para millones de usuarios⁴.

Desde esta última perspectiva, es de destacar, no sólo a los efectos de este trabajo sino por su especial significación, la influencia y utilización por parte de los menores de edad de todos los avances tecnológicos muy por delante de los adultos.

Las redes sociales son aplicaciones muy utilizadas por dichos menores para hacer lo que más les gusta en Internet: comunicarse. Preferentemente las utilizan para estar en contacto con su grupo de amigos/as y compartir fotos, música, etc.

Desde un punto de vista cuantitativo la situación puede ser preocupante. Los datos ponen de manifiesto el expansionismo e influencia de las redes en la vida de los menores. El Informe realizado por el Observatorio de la Infancia de Andalucía⁵, muestra que un 92,6% de los chicos y chicas entre 11 y 20 años afirma que ha participado en redes sociales. Un

¹ MORENO NAVARRETE, M.A., "Aspectos jurídico privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad", en VV.AA., *La Protección Jurídica de la Intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 335-337.

² «Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online», Agencia Española de Protección de Datos (www.agpd.es) - Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación INTECO (www.inteco.es), edición febrero, 2009, p.38.

³ «Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online». Agencia Española de Protección de Datos - Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación INTECO, 2009, pp. 59 y 60. En www.inteco.es

⁴ «Privacidad vs redes sociales: cuidado con los datos personales que subimos a los perfiles». En *Diario La Ley*, N° 7077, Sección Tribuna, 2008. Versión on line. La Ley 41314/2008.

⁵ «Uso de las nuevas tecnologías por la infancia y la Adolescencia. Informe 2010. Observatorio de la Infancia de Andalucía. Junta de Andalucía, pp. 66-70.

80,8% tiene un perfil propio en alguna red social, de éstos casi un 47,8% tienen ese perfil en una sola red social, mientras que un 33% lo tienen en más de una. Los chicos y chicas de menor edad, entre los 11 y los 13 años, suelen utilizar más el Messenger, mientras que los de mayor edad, entre los 14 y los 20 años, utilizan más el Tuenti. Un 78% de estos menores afirman que el acceso a las redes sociales es muy frecuente y de ellos un 49% aseveran que accede todos los días. Nueve de cada diez menores les dan una valoración muy positiva a las redes sociales (91%).

Pero también se pone de manifiesto las diferencias existentes en la elección de la plataforma según la edad, las más populares son Tuenti y Facebook. Antes de los 12 años es Tuenti. En España los chicos y chicas acceden principalmente a Internet para utilizar el correo electrónico (82,7%), descargar música, películas (69,5%) y buscar información para sus estudios (62,4%).

Las actividades que los menores españoles realizan en Internet están muy influenciadas por la edad, así los niños y niñas entre 6 y 9 años se decantan más por la visita a páginas Web o descargarse música dejando más de lados el chat o Messenger, mientras que entre los chicos y chicas de 10 a 18 años su mayor prioridad en Internet es utilizar el Chat o Messenger, visitar páginas Web o utilizar las redes sociales.

Las redes sociales se han convertido en poco tiempo en una de las aplicaciones más utilizadas.

Pero también está la parte de la seguridad en el entorno de la red social, un 61,7% de los que la utilizan creen que en las redes sociales existe una falta de privacidad. A siete de cada diez menores les preocupa esta falta de privacidad (77,6%) y un 73,1% afirma hacer algo para protegerse, como por ejemplo poner contraseñas complicadas, no subir fotos o no aceptar como amigos/as a gente que no conoce.

En el caso de la investigación realizada por, el Foro Generaciones Interactivas-Fundación Telefónica⁶ las redes sociales más populares entre los menores internautas se clasifican del siguiente modo: Tuenti se sitúa en primer lugar con un 60% de usuarios entre todos los que utilizan Internet y le sigue a bastante distancia Facebook con un 21% de penetración; en tercer lugar se posiciona Windows Live Spaces-14%- seguida de MySpacey Hi5, ambas con un 12%. El resto de opciones no supera el 10%.

El acceso a una red social se basa principalmente en la edad mínima que queda configurada a partir de los 14 años, pero el ser menor de dicha edad no es un obstáculo para acceder, en cuanto una persona puede poner el año en el que ha nacido en el caso de no llegar a ese límite. Cada usuario tendrá un perfil en el que se recogerá su información personal y podrán publicarse textos, fotos o videos⁷.

⁶BRINGUÉ X. y SÁDABA, C. "Menores y Redes Sociales". Foro Generaciones Interactivas- Fundación Telefónica. Madrid, 2011.

⁷VIDAL HERRERO-VIOR M^a S. Victimización del menor ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, 2011, pp. 180 y ss. En www.defensordelmenor.org. Aquí la autora detalla el acceso a la red preferida de los menores, Tuenti, indicando que "A ella sólo se puede acceder por invitación de algún miembro de la misma red social. La edad mínima para acceder es de catorce años. Teóricamente, en España no se puede tener un perfil en una red social si se es menor de catorce años, pero es fácil hacerlo: basta con falsear la fecha de nacimiento. Ello significa que hay menores de diez años haciendo auténticas barbaridades, colgando fotos absurdas y arriesgándose a ser víctimas de cualquier crimen. Cada usuario tiene una página denominada Mi Perfil. El dueño del perfil puede elegir qué personas quiere que le vean: los amigos, los amigos de los amigos o todos los usuarios. Suele haber una fotografía del usuario e información personal como la edad, si es varón o mujer, su estado actual (a elegir entre solter@, con alguien, con "rollo"), fecha de cumpleaños, ciudad de origen, todos los movimientos de búsqueda que el dueño y usuario del perfil ha realizado en la red, la fecha de ingreso, así como información sobre aficiones o las "zonas de marcha". El problema es que los menores, presuponiéndoles más ingenuos, pueden ponerse en situación de riesgo más fácilmente que un adulto al facilitar sus datos personales, o datos familiares, de sus amigos o conocidos. El 70% de los menores españoles tienen teléfono móvil personal. Pues bien: una inmensa mayoría de ellos ofrece su número en la red social. Y más del 89% da el de su centro escolar. La columna vertebral de Mi Perfil está dividida en tres bloques: blog, fotos y Mi tablón. En la sección de blog se pueden

Los riesgos principales que soporta la utilización de las redes se basan principalmente en la vulneración del derecho a la intimidad, honor y propia imagen, así como de la privacidad, y en el posible acoso que se pueda derivar de la utilización de los mismos, ya que no siempre los menores conocen la trascendencia de sus actos a través de la Red ni las implicaciones que pueden suponer para sus vidas y las de sus compañeros.

En este sentido la SAP de Zaragoza de 9 de mayo de 2012⁸, valora y condena, como autor de un delito de corrupción de menores a ocho años de prisión, a una persona que se dedicaba a la actividad de entrenador de fútbol infantil y juvenil, e igualmente se ponía en contacto con diversos futbolistas de igual clase a fin de representarlos, o se dedicaba a la realización de fotografías en eventos deportivos en los que participaban aquellos.

Con motivo de dicha actividad conseguía los correos electrónicos de chicos menores de edad con los que posteriormente entraba en contacto bien a través de Tuenti utilizando el nombre de usuario "m", bien a través de dos direcciones de correo electrónico, siendo que en las conversaciones mantenidas con algunos de estos menores en un primer momento les atraía haciéndose pasar por una chica y prometiéndoles sexo virtual, consiguiendo así que éstos le enviaran unas primeras fotos en las que aparecían desnudos, para a continuación conseguir más fotografías e imágenes de éstos desnudándose y masturbándose, que ellos mismos le hacían llegar ante la amenaza de distribuir sus primeras fotografías en Tuenti si no le enviaban más material o incluso si no le enviaban fotos de los miembros de su equipo de fútbol desnudos, llegando a distribuir las mismas en diversos casos, ante la negativa de algunos de ellos, utilizando tanto el usuario de Tuenti como la dirección de correo electrónico.

A pesar de todos los beneficios que conlleva la utilización de los medios tecnológicos, es necesario tener en cuenta como Internet también sirve como medio para propagar contenidos violentos o lesivos contra los menores de edad. Son dos, fundamentalmente, los riesgos importantes en este sentido. El primero de ellos se denomina como ciberbullying o ciberacoso, se trata de un acoso entre iguales en el entorno TIC, e incluye actuaciones de chantaje, vejaciones e insultos de niños a otros niños. Supone el uso y difusión de información difamatoria en formato electrónico a través de correo electrónico, mensajería instantánea, redes sociales, publicación de videos o fotografías en plataformas electrónicas de difusión de contenidos. La víctima y el acosador son niños; el segundo, es el Grooming, un acoso ejercido por un adulto y se refiere a las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor⁹.

publicar textos y vídeos. Fotos muestra las ocho fotografías más recientes. Un dato, sin duda, ilustrativo: Tuenti recibe todos los días 3,5 millones de fotografías de niños. En Mi tablón todos los usuarios que acceden a Mi Perfil pueden dejar mensajes personales. La columna derecha muestra dos listas reducidas de los amigos del usuario, y otra lista más reducida de los amigos en común con la lista de amigos. Desde 2009 se ha incluido una función de chat. También ofrece la posibilidad de bloquear aquellos contactos con quienes no se quiera establecer conversación".

⁸SAP de Zaragoza núm.137/2012 de 9 de mayo.

⁹Guía Legal sobre ciberbullying y grooming. OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, Área Jurídica de la Seguridad y las TIC. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, pp. 3 y ss. En www.inteco.es.

En este sentido, DEL RÍO, J, SÁDABA, C y BRINGUÉ X, "Menores y redes ¿sociales?: de la amistad al cyberbullying", En *Revista de estudios de juventud*, marzo 10 nº 88, pág.123.www.injuve.es. Este trabajo se presenta con el fin de conocer de primera mano qué hábitos de riesgo desarrollan los menores españoles, se realizó un estudio a menores de 10 a 18 años, el 5% de los menores entre 10 y 18 años ha "utilizado internet para perjudicar a alguien (envío de fotos, vídeos, comentarios)", aunque parecen más propensos los chicos, 7%, que las chicas, 4%. en concreto, entre chicos de 16 años esta práctica alcanza al 10% aunque la pauta se inicia en su caso a los 14 años y se mantiene hasta los 18 años. entre las chicas, los valores se mantienen entre el 2 y el 6%, y la franja 14-15 años es la más propensa a desarrollar este tipo de actividades. Son más los menores que reconocen que "alguien me ha perjudicado a través de internet (envío de fotos, vídeos, comentarios)": el 8%, y en este caso, las chicas se reconocen más atacadas que los chicos: 9% frente al 7%. en particular, las chicas de 16 años han estado más expuestas a este tipo de conductas, con un 13% de los casos.

Sin duda lo más inmediato de un malintencionado uso en las redes sociales es la vulneración del derecho a la intimidad y privacidad de la persona que lo sufre, lo cual se agrava notablemente si se trata de menores, cuya circunstancia puede afectar al desarrollo de su personalidad y ocasionarles un daño mayor. Es por ello que el presente trabajo, una vez asentados los parámetros generales y cuantitativos de utilización y acceso de los menores a las redes, pretende analizar la protección jurídica de sus derechos así como las respuestas jurídicas y las nuevas regulaciones que se han de dar, teniendo en cuenta como punto originario el acceso del menor a las redes sociales, bien a través de su propio consentimiento, bien otorgándolo sus padres como representantes del mismo.

2. RESPUESTAS JURIDICAS

1. Acceso del menor a la red.

Lo primero que hemos de delimitar para poder hablar de la problemática existente entre el menor y las redes sociales, es el acceso del mismo a ellas, a través del consentimiento que ha de prestar para poder formar parte de esa comunidad virtual.

De sobra es sabida la limitación del menor para realizar determinados actos jurídicos, e igualmente la problemática suscitada en torno a la inexistencia de un concepto unitario de menor. Es por ello que resulta imprescindible tener en cuenta la capacidad natural del mismo, así como la edad. El menor no ostenta la plena capacidad de obrar pero en el marco que nos compete el menor crece con las nuevas tecnologías, es usuario fiel a las mismas y tiene un nivel de conocimiento en su utilización bastante elevado, lo cual no implica que no esté expuesto a los riesgos derivados de las mismas y que a cualquier edad pueda actuar sin el consentimiento de sus padres.

Los hijos menores de edad están sometidos a la potestad de los padres, los cuales por mandamiento del artículo 154 del Código Civil deberán velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes. Además la ejercerán siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. La excepción sobre la capacidad de los menores la recoge el artículo 162 al establecer que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, exceptuando, los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

En este sentido se sitúa el entendimiento y madurez del menor manifestada en lo que la doctrina¹⁰ denomina como capacidad natural. Su esfera de actuación aumentará conforme al progreso evidenciado de su voluntad, madurez y discernimiento, de forma que adoptará las decisiones que considere más idóneas en los distintos ámbitos de la vida. Trasladando esta aptitud al tema de nuestro trabajo, esa madurez se concretará en el acceso y utilización de la información por el menor en la red, a través de su perfil, contenidos, videos o imágenes expuestas. Las redes sociales proporcionan distintas utilidades, efectuándose el intercambio de información cuando los reconocidos como amigos acceden a la que el usuario les facilita. Además los amigos de los amigos, si se les permite también pueden ver el contenido y comentarlo. De forma que trasladando lo anteriormente expuesto, el menor usuario de plataformas virtuales ha de conocer bien el sistema y por tanto tener la suficiente capacidad y conocimiento sobre los datos colocados en la red. Del menor dependerá configurar sus opciones de privacidad, pudiendo elegir qué datos aparecen y el tipo de usuarios para los que estarán disponibles.

¹⁰HOYO SIERRA, Isabel Araceli, "La evaluación psicológica de la "capacidad natural" del menor maduro". En *Los menores ante el derecho*. Madrid, 2005, p.59. O' CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I, 5ªed., Madrid, 2004, p.276. En este sentido, Vid., MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel-MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, *El trastorno mental transitorio en las relaciones de derecho privado*. Madrid, 2008, pp. 60 y ss.

Como se ha indicado con anterioridad el menor es capaz de realizar actos de la vida civil conforme aumenta su edad. La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, aboga por la interpretación restrictiva de las normas que limitan la capacidad de obrar del menor, así como la preeminencia del interés de éste sobre cualquier otro que pudiera concurrir. Es por ello que la Agencia Española de Protección de Datos, indica que los mayores de catorce años disponen de las condiciones de madurez precisas para consentir, por sí mismos, el tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal¹¹. En este sentido es importante referirnos al Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que establece en su artículo 13 la posibilidad de proceder al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.

En ningún caso, podrá recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar o sobre las características del mismo, como relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los de identidad y dirección del padre, madre o tutor, con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior.

El Reglamento también establece, en su artículo 13.3, que, cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos. El análisis de varias redes sociales, muestra que, si bien para acceder a las mismas hay que indicar la edad y el contenido de la casilla de seguridad, algunas no establecen ninguna otra medida para verificar la edad.

Indudablemente la red social ha de asumir su responsabilidad como receptora con plena disposición sobre los perfiles y otros datos de carácter personal facilitados por los usuarios. La actitud de la propia red será jurídicamente reprochable dependiendo de las circunstancias, ya que la difusión de tales datos será lícita sólo cuando: a) se derive del ejercicio de Derechos Fundamentales; b) se lleve a cabo en cumplimiento de obligaciones legales. c) se produzca con el consentimiento inequívoco del afectado, para lo que será necesario que la red social haya cumplido con la obligación en relación a los buscadores, respecto a la claridad y fácil comprensión de los avisos legales y políticas de privacidad. Es por esto que resulta fundamental, de cara a proteger la privacidad de los integrantes de la red social, la lectura detallada de las *Condiciones Generales de Uso*¹².

El consentimiento debe ser prestado siempre con anterioridad a la recogida de datos, lo que es garantía de que el titular conoce la finalidad, sus derechos y los datos del Responsable del Fichero. La regla general establecida por la ley de protección de datos es la de solicitar a los titulares de los datos el consentimiento libre, específico, informado e inequívoco.

En aras a la determinación del consentimiento de los menores, ha quedado expuesto que no puede considerarse como intromisión ilegítima en el honor la intimidad, la propia imagen o la protección de datos aquella irrupción que es consentida expresa y válidamente por su titular, siempre que éste tenga capacidad para prestar ese consentimiento.

¹¹Con 14 años el ordenamiento jurídico, autoriza al menor a realizar actos de una determinada trascendencia basados en el nivel de madurez alcanzado en dicha edad, cabe destacar entre otros; el cambio de estado civil que puede hacer con la asistencia de su representante legal (vecindad civil-artículo 14.3, párr.4º nacionalidad-artículos. 20.2b) y 21.3.b), contraer matrimonio con dispensa judicial, ejercer la patria potestad sobre sus hijos, tener responsabilidad penal por sus actos, puede realizar testamento, salvo el ológrafo, y tener relaciones sexuales consentidas.

¹²Guía Legal: Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la propia Imagen en Internet. OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, pp. 5 y ss. . En www.inteco.es.

Desde el punto de vista normativo hemos de destacar:

- Por un lado, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, declara en su art. 4 que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y considera intromisión ilegítima en estos derechos cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales¹³.

- Y por otro, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, considera en su art.2 que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en estos derechos “cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”, matizando en el art. 3 que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”.

Ahora bien, para evaluar si una conducta causa perjuicio a un menor, será determinante atender a la presencia de su consentimiento, si éste tiene las condiciones de madurez necesarias, y de no ser así tendría que ser el prestado por sus representantes legales. Situación ésta que no se da en algunas puesto que presentan límite de edad como Facebook en 13 años, 14 años en el caso de Wamba³³ u otras que anuncian que no hay límite de edad para acceder. Resulta más fácil registrarse con un año distinto de nacimiento para poder darse de alta en las mismas no siendo necesaria la autorización paterna.

2. Intimidad, extimidad y Protección de Datos.

De sobra es conocida, la existencia de un gran número de leyes en relación con la privacidad tanto a nivel comunitario¹⁴ como nacional¹⁵. En este último sentido hemos de

¹³Artículo 4 de la LO 1/1996: Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. “1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones. 2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. 3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. 4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública. 5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”.

¹⁴La Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, modificada por Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre, con medidas más acordes a las necesidades reales de Europa en el ámbito de las telecomunicaciones y la privacidad.

La Directiva 2002/58/CE, relativa al Tratamiento de los Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, más conocida como “Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas”, cuyo principal objeto es armonizar la normativa nacional en lo relativo a la protección de las libertades, y los derechos fundamentales, la intimidad y los datos de carácter personal en el ámbito de las telecomunicaciones. La Directiva 2006/24/CE sobre Conservación de Datos de Tráfico en las Comunicaciones, de reciente transposición a la legislación nacional 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones.

¹⁵La Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. La Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Electrónico, recientemente modificada por la Ley 56/2007 de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, la Ley Orgánica 15/1999

destacar el art. 18 de la Constitución Española de 1978, especialmente en relación a la protección de la intimidad. El art. 18.4 CE dispone que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, dando así una regulación expresa desde la norma fundamental de la protección de la intimidad y la privacidad en el sector de las nuevas tecnologías.

Se ha dicho con razón que el alcance de los derechos reconocidos a los menores, ha de conjugarse con la potestad de padres y tutores respecto de determinadas esferas de la personalidad de los hijos tuteladas por los derechos fundamentales, y en las que entran en juego bienes de enorme relevancia, como el secreto de las comunicaciones, la libertad de expresión o el acceso a la información. No es fácil establecer un concepto unívoco de intimidad ya que se trata de una categoría cultural y evolutiva¹⁶, influenciada por el nuevo concepto denominado extimidad. Hace referencia este último, a la exteriorización que de la intimidad se hace en la Web 2.0, a través de los blogs, fotoblogs o redes sociales. Las personas manifiestan aspectos, mediante la información publicada e imágenes de su vida íntima a través de la configuración del perfil elaborado, de forma voluntaria. Lo cual evidentemente debilita el concepto de intimidad consagrado.

El derecho a la intimidad se define doctrinalmente como el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman un círculo íntimo, personal y familiar, poder que permite excluir a los extraños de entrometerse en él, evitando así una publicidad que no desea el interesado¹⁷. El Tribunal Constitucional señala que la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad¹⁸.

El alcance del derecho a la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana¹⁹. Como hemos afirmado anteriormente, el consentimiento eficaz del sujeto permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad. Consecuentemente ha de ser cada persona la que acote ese espacio íntimo, familiar y personal, al conocimiento ajeno.

El Tribunal Constitucional ha venido señalando que, para que el derecho a la intimidad pueda oponerse legítimamente como un límite al derecho a la libertad de recibir o transmitir información, es preciso que las noticias difundidas carezcan de interés público o que, aun siendo de interés público, carezcan de veracidad, ya que en una sociedad democrática que proclama como uno de los principios que inspiran su convivencia el respeto a la dignidad de la persona, no debe tolerarse la divulgación de hechos que pertenecen a la intimidad de ciudadanos particulares, ni tampoco se debe tolerar que las noticias que se difundan no sean veraces, no en el sentido de que las mismas coincidan exactamente con las acontecidas, sino en el de que se haya desplegado por quien las publica la diligencia necesaria para cerciorarse de que lo que se divulga no es un simple rumor²⁰.

de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y el Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

¹⁶OROZCO PARDO, Guillermo, “Intimidad, privacidad, “extimidad” y protección de datos del menor, En *La protección jurídica de la intimidad*. Valencia 2010, pp. 390 y ss.

¹⁷O’CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier, “Personalidad y Derechos de la Personalidad (Honor, Intimidad e Imagen del menor), según la Ley de Protección del Menor” en *La Ley*, 1996, núm. 4077. p. 1248.

¹⁸Por todas, STC 144/1999 de 22 de julio.

¹⁹Entre otras, SSTC 173/2011 de 7 de noviembre, 206/2007 de 24 de septiembre, 159/2009, de 29 de junio.

²⁰SSTC números 54/2004, de 15 de abril y 61/2004, de 19 de abril.

Sin embargo, en los supuestos en los que están implicados menores de edad, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público. Y, así, el Tribunal Constitucional ha señalado que el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de los menores²¹.

La protección de la intimidad y de los datos de carácter personal, incide en una gran cantidad de programas, páginas, así como foros o chats, que solicitan al menor que proporcione sus datos de carácter personal. En estos casos, el menor en su posición de indefensión, puede verse movido a hacerlo sin ser consciente de las consecuencias que puede acarrear para él, o incluso para terceros cercanos, como su familia, siendo más sensible debido a su falta de madurez²².

En relación a éste último derecho mencionado, el de la protección de datos²³ surge como un nuevo derecho fundamental dotado de plena autonomía respecto a la intimidad al plantearse como autónomo e independiente del mismo, unido en su previsión a la denominada privacidad que está definida en el Diccionario de la Lengua Española como el «<< ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión >>»²⁴.

Existe a través del mismo un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención²⁵.

Como no podía ser de otra manera el Tribunal Constitucional por medio de la interesante Sentencia de su Pleno 292/2000, de 30 de noviembre²⁶, manifiesta que el objeto

²¹STC número 134/1999 de 15 de julio. PAÑOS PEREZ, Alba. "El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor". En *Actualidad Civil*, N°8, Quincena del 16 al 30 de abril de 2012, Tomo 1. LA LEY, pág. 23 y ss.

²²Guía Legal: Protección Legal de los menores en el uso de Internet. OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, págs. 4 y ss. . En www.inteco.es.

²³A nivel estatal, la regulación sobre protección de datos de carácter personal se centra en dos normas principalmente: La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (RDLOPD). Además existen normas sectoriales en ámbitos como la sanidad, las telecomunicaciones o las finanzas. No obstante, las siguientes normas se proyectan de modo muy particular sobre las redes sociales: Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSI-CE), Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), el objeto de la norma es "...garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar."

²⁴DAVARA RODRIGUEZ, M.A., "Intimidad, protección de datos y seguridad: Un difícil equilibrio", En *La Ley*, N° 7276, Sección Tribuna, 4 Nov. 2009, LA LEY 20058/2009.

²⁵ STC 254/1993, citada por la STC núm. 94/1998 de 4 de Mayo de 1998.

²⁶Importante también es resaltar que en esta sentencia el T.C realiza una interesante comparativa entre los derechos anteriormente mencionados y la protección de datos al manifestar que el objeto de éstos es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que éste derecho fundamental extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal, como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos que sean relevantes para que tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier

del derecho fundamenta a la protección de datos no se reduce sólo a los íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la garantía que el art. 18.1 CE otorga como indicamos con anterioridad, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente también alcanza a aquellos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. Ante esto, el que sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para alguna otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.

Incide el Tribunal Constitucional, y con máxima razón en el tema que nos ocupa, en que el contenido de este derecho fundamental consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede ese tercero recabar, y que también permita al individuo saber quién posee esos datos y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Tales poderes de disposición y control sobre ellos, que constituyen parte del contenido de este derecho fundamental, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.

A efectos normativos, se entiende que un dato de carácter personal es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, lo que convierte en dato de carácter personal la mayor parte de la información sobre personas físicas, en la medida en que a través de escasos datos o informaciones sobre éstas y mediante la correcta aplicación de herramientas informáticas, es relativamente sencillo identificar a la persona concreta que se encuentra detrás de los datos de que se dispone. Entre los datos personales que en el contexto de las redes sociales pueden llegar a identificar a las personas, se encuentra, entre otros, la dirección IP.

Por lo que respecta a las medidas existentes en materia de protección de datos personales de especial protección para colectivos considerados especialmente vulnerables – menores e incapaces –, cabe señalar que hasta la publicación del Real Decreto 1720/2007, que aprueba el RDLOPD, no existía en España referencia expresa al tratamiento de datos de los menores.

El reglamento, como ya se ha indicado, introduce una importante especialidad en lo que respecta a la prestación del consentimiento por parte de estos menores, al disponer que para recabar los datos de cualquier menor de 14 años es necesario contar con el consentimiento de los padres o tutores. El responsable que recaba y trata datos personales de menores de edad será el responsable de articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso por los padres, tutores o representantes legales.

otro bien constitucionalmente amparado. Pero también el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros, como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido éste atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre los mismos lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer.

Estas medidas normativas implican que las redes sociales y plataformas colaborativas tienen la obligación de disponer de medios tecnológicos que garanticen la identificación de la edad de los usuarios.

Sin embargo, y a pesar de la obligación dispuesta por la norma, en la medida en que los proveedores de servicios, los fabricantes y distribuidores de soluciones de seguridad y las entidades públicas no implementen sistemas efectivos, la identificación de los menores y el tratamiento de sus datos se encuentran ante un riesgo, ya que éstos podrían estar siendo tratados bajo un consentimiento no válido²⁷.

3. Justificación en la vulneración del derecho a la intimidad.

Puede parecer, y de hecho es así, que las anteriores aseveraciones suponen un límite infranqueable en relación a la vulneración del derecho a la intimidad y privacidad del menor. Sabido es que se vulnera el derecho a la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto, aún autorizada subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida²⁸.

Respecto de las limitaciones del derecho a la intimidad el Tribunal Constitucional ha manifestado que no podrá considerarse ilegítima aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos²⁹. A esto se refiere nuestra doctrina cuando alude al carácter no ilimitado o absoluto de los derechos fundamentales, de forma que el derecho a la intimidad personal, como cualquier otro derecho, puede verse sometido a restricciones. Así, aunque el art. 18.1CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad -a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3CE-, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información³⁰.

Destacable es, la SAP de Las Palmas de 28 de mayo de 2012³¹ sobre vulneración del derecho a la intimidad personal en relación a documentación relativa a comentarios y fotografías atribuidas a la víctima menor y a sus amigas en el uso de las redes sociales Tuenti y Ask, que se aportan en el proceso. El origen del caso se fundamenta en las agresiones sexuales forzadas durante años con su sobrina menor de 11 años, amenazándola con matarla a ella y su familia si lo contaba.

En lo que respecta en nuestro tema a tratar en cuanto al informe y testimonio de la detective no observa la Sala ilicitud que lo invalide como medio probatorio, porque a pesar de que el sujeto pasivo del informe es una menor de edad y por tanto sujeto merecedor de especial protección según nuestro ordenamiento jurídico. El seguimiento de la menor y la toma de fotografías de la misma y otras menores tiene lugar durante un periodo limitado de tiempo (tres meses), en sitio público para servir como prueba a instancia del acusado en un procedimiento judicial seguido por un delito muy grave y por el que las acusaciones solicitan 15 años de prisión, con lo que no se aprecia la vulneración de los derechos constitucionales a la intimidad y a la propia imagen de la menor teniendo en cuenta el respeto al principio de proporcionalidad a la vista de la ponderación de los intereses en

²⁷Guía Legal: "Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online" OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, págs.103 y ss. . En www.inteco.es.

²⁸Entre otras, SSTC 70/2009 de 23 de marzo, 206/2007 de 24 de diciembre.

²⁹SSTC 173/2011 de 7 de noviembre y 159/2009 de 29 de junio.

³⁰SSTC 98/2000, de 10 de abril, 156/2001, de 2 de julio, 70/2009, de 23 de marzo.

³¹Audiencia Provincial de Las Palmas, Sentencia núm. 47/2012 de 28 mayo.

conflicto (derecho a la intimidad versus derecho de defensa), de manera que la concurrencia del derecho fundamental de defensa nos conduce a considerar justificada la injerencia.

Sin embargo distinta es la cuestión respecto de la documental cuyo contenido son fotografías y comentarios atribuidos a la menor y a sus amigas en las redes sociales Tuenti y Ask, porque sí se estima que afectan, lesionándolo, al derecho a la intimidad de la menor. Recordando la doctrina del Tribunal Constitucional, la Audiencia expone que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad son los siguientes: a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; b) que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); c) que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, d), la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto"³².

En la propia sentencia se afirman los aspectos básicos existentes en la relación al derecho a la intimidad con internet, al exponer que "los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) -por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona"³³.

En el supuesto comentado no se hace alusión a la procedencia y al modo de obtención de dicha información. Se concluye, como no podía ser de otra forma, que se trata de documentación de comentarios y fotografías procedentes de redes sociales utilizadas para compartir información personal y privada solo entre los usuarios autorizados para ello y como sea que no consta y ni siquiera se alega que el acusado lo sea, considera la Sala que el acceso del mismo a tales informaciones aunque sea para aportarla a un procedimiento judicial para el ejercicio del derecho fundamental de defensa suponen una intromisión intolerable en el espacio de privacidad de las personas a que los datos se refieren. Quedan reservados al círculo de las personas autorizadas al que iban destinadas, lo que provoca que se trate de una prueba ilícita por injerencia contra el derecho a la intimidad sin que concurra un fin constitucional legítimo para ello.

³²SSTC 89/2006 de 27 de marzo y 70/2002 de 3 de abril.

³³Esta doctrina se recoge en la STC 173/2011 de 7 de noviembre.

3. REFLEXIONES FINALES

Claro nos queda, de todo lo comentado, el gran número de menores que utilizan las redes sociales, y los riesgos a los que están expuestos por la utilización de las mismas. Integrados fundamentalmente en la posible vulneración del derecho a la intimidad y a la privacidad del sujeto, lo cual puede extenderse a consecuencias más graves constitutivas de delito. Hemos expuesto cuándo se justificaría una intromisión ilegítima a este derecho, y es una obviedad que no se da en la utilización diaria de estas tecnologías. Se consideran en términos generales que los menores son maduros a partir de los 14 años para poder otorgar su consentimiento en el acceso a las mismas.

Precisamente con este parámetro encontramos la primera cuestión, ya que este hecho conlleva una primera barrera para la efectividad de las medidas de control. La problemática que se deriva de la posibilidad de uso de estas plataformas por cualquier usuario, sea éste mayor o menor de edad, y de la posibilidad de falsear respecto de la edad, genera una expectativa bastante razonable de peligro en lo referido al tratamiento de los datos de carácter personal tanto propios del menor como de sus familiares y allegados³⁴.

Resulta evidente la necesidad de una continua adaptación e interpretación sistemática y adecuada del Ordenamiento a la realidad de las redes sociales. Es mayor el riesgo al que están sometidos los menores en el uso de ellas que la formación actual de los mismos en la utilización de las nuevas tecnologías, por no ser el conocimiento que presentan suficiente.

Indudablemente se ha avanzado bastante en la regulación del acceso del menor a este mundo de intercambio de información. Son numerosas las recomendaciones existentes para que los padres enseñen a sus hijos un uso responsable de las nuevas tecnologías, basado en cuáles son las virtudes y los peligros de la red de redes, no solo porque es una herramienta imprescindible en su relación con el entorno social, sino que constituye una potente herramienta de educación y relación padres-hijos. La Guía de menores en internet para padres y madres del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, diferencia a los menores según su edad en dos grupos, lo cual a priori no nos parece del todo correcto, ya que como hemos expuesto, la ley determina la madurez del menor para el acceso a las mismas con 14 años, y sin necesidad del consentimiento paterno, por lo que las franjas mencionadas deberían ser a partir de 14 años. De cualquier modo se recoge como sigue :

1. De 4 a 12 años, es conveniente acompañarles en el uso del ordenador, conocer las claves de acceso, ayudarles a escoger unas buenas claves de uso y explicarles el porqué. Enseñar los chavales a no descargar nada sin permiso.

2. De 13 a 18 años conocer los remitentes para no tener que leer los correos. A partir de la preadolescencia, los jóvenes son muy celosos de su privacidad, entonces se puede establecer un acuerdo intermedio en el que los padres conozcan las direcciones, al igual que el correo postal, pero no lean el correo electrónico. Estar muy pendientes si se citan con algún desconocido. Insistirles en que no vayan solos, y que queden en un lugar público con más gente. Aleccionarles sobre que todo lo que se cuenta en Internet no tiene porque ser cierto. Enseñarles a tener un comportamiento responsable, respetuoso y ético en Internet³⁵.

A nivel europeo hemos de destacar que se están realizando propuestas y modificaciones en el tratamiento de la materia ya que los Estados miembros son conscientes de los retos para la protección de menores en línea y que están realizando cada vez más esfuerzos para ofrecer respuestas. Especialmente en lo que se refiere a la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos, al incremento de la seguridad de las redes sociales y a la

³⁴Guía Legal: Protección Legal de los menores en el uso de Internet. OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, pp. 26 y ss. En www.inteco.es.

³⁵Guía de menores en internet para padres y madres. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, www.inteco.es. Guía Legal: Protección Legal de los menores en el uso de Internet. OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, págs. 28 y ss. . En www.inteco.es.

generalización de los sistemas de clasificación por contenidos. Las futuras acciones que se adopten a escala europea podrán estar basadas en las mejores prácticas de los Estados miembros y alcanzar economías de escala para el sector de las TIC que ayuden a los niños a aprovechar las ventajas del mundo digital, en constante evolución, de una forma segura³⁶.

Uno de los "logros" a los que llegó la Comisión Europea en 2009 fue que diecisiete de las empresas más importantes de la web firmaran por primera vez un acuerdo europeo para mejorar la seguridad de los menores de edad que utilizan sitios de redes sociales, a fin de reconocer su responsabilidad y determinar los riesgos potenciales que pueden encontrar en sus páginas los menores de edad.

Sin embargo en junio de 2011, solo dos redes sociales (Bebo y MySpace), según comprobaciones efectuadas en nombre de la Comisión Europea, tienen unas configuraciones por defecto que hacen accesibles los perfiles de los menores solamente a su lista de contactos aprobados, y solo cuatro sitios (Bebo, MySpace, Netlog y SchuelerVZ) garantizan que solo se puedan poner por defecto en contacto con los menores sus amigos. No obstante, la mayoría de las 14 redes sociales examinadas les facilitan una información sobre seguridad adecuada a su edad, responden a las solicitudes de ayuda y evitan que se puedan efectuar búsquedas en los perfiles de los menores a través de motores de búsqueda externos. El número de menores que utiliza las redes sociales en la UE va en aumento: se cifra actualmente en el 77 % de los de edad comprendida entre 13 y 16 años y el 38 % de los de 9 a 12 años que usan Internet³⁷.

A nivel estatal la Comisión de Interior, en marzo de 2013 ha creado una Subcomisión de Estudio sobre las Redes Sociales cuyos objetivos versan sobre: a) Examinar la situación actual en España respecto a las Redes Sociales. b) Analizar la situación en países de nuestro entorno; c) Estudiar el papel que las administraciones públicas tienen en el mundo de las redes sociales e intensificar la cooperación e intercambio de información con los administradores de las redes sociales, mediante la activación de canales de comunicación ágiles; d) Determinar qué modificaciones legislativas se deben llevar a cabo para mejorar la protección integral de nuestros menores y la educación en su utilización; e) Fijar qué otras medidas además de las legislativas son necesarias para que nuestra sociedad de un tratamiento acorde con las necesidades actuales, mejorando la formación y concienciación de los usuarios; f) Concretar las medidas necesarias para la protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno de las redes sociales y para la promoción de conductas respetuosas con estos derechos por parte de los usuarios de las citadas redes³⁸.

Indudablemente hay que progresar y regular en términos estrictos el acceso del menor a través de los medios de identificación de la edad para alcanzar una solución efectiva y que no se vean privados de todos los beneficios que la sociedad de la información les proporciona. Avance que ha de ser extensivo a la formación que han de recibir en

³⁶LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL MUNDO DIGITAL-SEC 2011,1043.INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, sobre la aplicación de la Recomendación del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y de la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea.

³⁷Estos resultados constan en un informe que publicó la Comisión sobre la aplicación de los «Principios de la UE para unas redes sociales más seguras», acuerdo de autorregulación mediado por la Comisión en 2009 para proteger la seguridad de los niños en línea (véase [IP/09/232](#)). En el contexto del objetivo fijado por la Agenda Digital para Europa (véanse [IP/10/581](#), [MEMO/10/199](#) y [MEMO/10/200](#)) de potenciar la confianza en Internet, la Comisión ha puesto en marcha una revisión de los actuales acuerdos de autorregulación para la protección de los menores en línea. En este sentido, "Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea". Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29. 01189/09/ES,WP163. Este Grupo de Trabajo, creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, es un organismo de la UE, con carácter consultivo e independiente, para la protección de datos y el derecho a la intimidad. Sus funciones se describen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE. Sitio Web: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm.

³⁸Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm.244, 22 de marzo de 2013, pág.3

materia de educación y responsabilidad ante los riesgos de las plataformas virtuales, solo así podremos hablar de un uso responsable, concienciado y maduro de las mismas.

HAGAMOS UN CAMBIO: CONSTRUCCIÓN INDUSTRIALIZADA DE EDIFICIOS EN EL SIGLO XXI. Realmente puedes realizar un cambio.

Luis Javier Cuenca López
Dr. en Derecho por la Univ. de Granada
Máster Universitario en Seguridad
Integral en la Edificación
Arquitecto Técnico

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2013

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2013

SUMARIO: I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. 2. INDUSTRIA-LIZACIÓN Y LA ECONOMÍA. III. ¿CÓMO CONSEGUIMOS ESO? IV. ¿POR QUÉ NO SE HACE? V. INVESTIGAR SOBRE LA INDUSTRIA-LIZACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN. VI. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

RESUMEN: La actual crisis política, social y económica que padecemos es la evidencia de que estamos en el final de una era, por lo que no saldremos de ella si nos empecinamos en adoptar soluciones antiguas y desfasadas a los nuevos problemas que se presentan. Esto sucede en todos los ámbitos, también en el jurídico, en el que son precisos muchos cambios. La crisis del sector de la construcción ha dejado en evidencia, además del desempleo insoportable, unos problemas estructurales en el sector económico, para solucionar éste y algunos otros, se impone un cambio de paradigma si queremos que los pocos sectores económicos que Europa nos dejó tener después de nuestra entrada en la CCE en 1986 (turismo y el sector que lo alimenta –construcción– con el fin de que fuéramos el parque temático de los ricos europeos del norte) vuelvan a renacer de sus cenizas como el ave Fénix, aunque ya no pueda ser de la misma manera.

En el futuro ya no podemos pensar que todo vuelva a ser como era en los años finales del siglo XX y los primeros del siglo XXI.

Todos los trabajos que hasta ahora se mantenían con una mano de obra simple y poco formada, no seguirán existiendo si no es con un cambio de paradigma como el que deberá implementarse en el resto de las estructuras del país si queremos que permanezca.

Esta situación, si somos capaces de aprovecharla, beneficiará al sector de la vivienda. Si industrializamos la construcción del mismo modo que, en su día, Henry Ford industrializó la producción de vehículos automóviles, la fabricación en taller y la mano de obra especializada que para el montaje se necesita encontrará un trabajo mucho más estable y estará mucho mejor formada, con lo cual conseguiríamos una estabilidad social mucho mayor, que nos permitiría un mantenimiento más sostenible del Estado del bienestar y una calidad y precio de la vivienda que beneficie a toda la sociedad española.

ABSTRACT: The current political, social and economic situation we endure is evidence that we are at the end of an era, which we won't come out of until we adopt old and out-of-step solutions to new problems. This process happens in all scopes, even in the judicial field where a lot of changes are needed. The construction sector's crisis has proved that apart from the unbearable unemployment, there are also structural problems in the economic sector. A change of paradigm is needed to confront this problem and others too if we want the few economic sectors which Europe gave us after entering into the CEE in 1986 (tourism and the construction sector which supports it. The idea was that we would be a theme park for the rich northern Europeans) to reincarnate as a Phoenix bird, although it can never be the same as before.

In the future, we can no longer think that everything is going to be the same as the end of the 20th century or the beginning of the 21st century.

All jobs which up-to-now have been sustained with a simple and not well-trained labour will no longer exist if we don't take on this change which should be implemented in the rest of the country's structures if we want it to remain.

This situation, if we are able to take advantage of it, will benefit the housing sector. If we industrialise the construction sector in the same way that Henry Ford did in his day for the vehicle production, manufacture workshop and specialised labourers, which created stability in the work scope and well-trained workers, therefore achieving a social stability with a more sustainable upkeep of the Welfare State and a housing quality and price which would benefit the entire Spanish society.

PALABRAS CLAVE: Industrialización, Edificación industrializada, prefabricación.

KEYWORDS: Industrialization, Industrialized construction, prefabrication.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El Sector de la Construcción se encuentra bajo mínimos. El desempleo entre los trabajadores de este sector es pavoroso e insostenible por mucho tiempo. Los profesionales que ejercían dentro de este sector carecen de trabajo, en concreto los Arquitectos que tradicionalmente despreciaban muchos de los encargos de informes sobre diversos asuntos que se producen con respecto a la construcción, ahora se han replanteado el problema y, como medio de subsistencia, exigen a sus Colegios profesionales que impartan cursillos que les preparen para atender a estos informes diversos. A la vista de que, incluso ahora, en una época de crisis económica que tiene paralizado, casi absolutamente, al sector de la construcción en España, se siguen produciendo accidentes laborales, aunque evidentemente muchos menos, nos parece que plantearse el motivo por el que sucede esto es pertinente.

En España los Ayuntamientos que han basado su financiación en la obtención de las plusvalías producidas por el urbanismo y en el cobro de licencias municipales de obra, de construcción y de primera ocupación de los edificios, deben hasta de callarse. Hay que replantearse la financiación de la Administración Local porque de la forma que se ha regulado hasta ahora, no es sostenible y le cuesta un dinero que no tenemos los españoles.

Meditando sobre estos asuntos llegamos a la conclusión de que la construcción tradicional – quizás la más importante industria que, junto con el turismo, existe en España- que se viene realizando hasta ahora representa un sistema de trabajo muy peligroso. Los sistemas artesanales que se emplean en construcción, además de insatisfactorios en muchos sentidos, requieren que los trabajadores permanezcan mucho tiempo sometidos a los diversos riesgos derivados de los trabajos en altura, de trabajar en espacios con suelos irregulares, sobre los que, a la vez, se acopian diversos tipos de materiales, sobre ellos puede circular maquinaria pesada, por encima de ellos circulan importantes cargas colgadas que pueden desprenderse, hay productos químicos que pueden afectar a la piel, hay ambientes pulvígenos que son peligrosos para la salud, etc. Los plazos de ejecución de la construcción de un edificio normal pueden oscilar entre los 12 y los 24 meses y eso es mucho tiempo para estar expuesto a todos los peligros que se producen en una obra. Se trata de un sistema excesivamente costoso económica y socialmente, como para seguir manteniéndolo mucho más tiempo. La crisis que padecemos ha puesto de manifiesto todas las carencias del sistema.

Lo que, a continuación, expondremos es un cambio de paradigma en la construcción que pueda reducir a una mínima expresión los plazos y que permita controlar con mucha más eficacia los procesos de fabricación de los elementos, subsistemas y sistemas que, en definitiva conformen el edificio. Con seguridad, estas circunstancias, junto con la necesidad de emplear una mano de obra mucho mejor formada e informada, redundarían en beneficio de la disminución de la inseguridad integral en las obras, es decir, de que el sector de la construcción sea laboralmente seguro, económicamente equilibrado y jurídicamente bien regulado.

II. INDUSTRIALIZACIÓN Y ECONOMÍA.-

Dice el economista –Premio Príncipe de Asturias en 2004 y Premio Nobel en 2009- KRUGMAN¹:

“La extraña combinación europea de unidad y desunión –el hecho de que la mayor parte de sus naciones hayan adoptado una moneda común sin haber creado antes la clase de unión política y económica que esa clase de moneda común exige- se ha convertido en una fuente gigantesca de debilidad y crisis renovada”.

No solo estamos de acuerdo con ello, sino que cuando leemos en LA TERCERA de ABC un editorial de CARRASCAL² que dice básicamente que:

¹ KRUGMAN, PAUL: *End This Depression Now (Acabad ya con esta crisis)*. Traducción de Cecilia Blesa y Gonzalo García. Editorial Crítica, S. L. www.planetalibros.com. ISBN 978-84-9892-405-3. Barcelona 2012. Pág. 22.

“Nos hallamos en los umbrales de una nueva era, en la que ni los actores, ni los problemas, ni las soluciones de la anterior sirven. De ahí las dificultades en superar la crisis.”



Creemos que, en Europa y en España, en concreto, es más bien éste el problema, porque de los políticos y economistas no nos fiamos en absoluto. Ya han demostrado su falta de eficacia predictiva en múltiples ocasiones, a pesar de su aureola de personas muy enteradas de lo que económicamente ocurre, que tienden a pronosticar soluciones en las que siempre se equivocan, como ya señalaba Julius Henry Marx, conocido mundialmente como GROUCHO MARX decía: *“La política es el arte de buscar problemas, hacer un diagnóstico falso y aplicar después los remedios equivocados”*. Estoy seguro que el acertado criterio de Groucho Marx se acerca mucho a la realidad política, si no se puede decir que ha dado en el clavo.

Ante la situación actual del subsector seguramente ha llegado a su mayor grado de apostamos decididamente por un cambio por ello es por lo que declaramos *obsoletos* todos los sistemas tradicionales de edificios, especialmente aquellos que residenciales. Estos sistemas tradicionales son resultados de dudosa calidad para los estándares del siglo XXI, contaminan en exceso, son absolutamente inseguros para unos trabajadores que, en general, están muy escasamente especializados y formados; una vez transcurrido su periodo de vida útil, sus escombros son muy difícil y costosamente reciclables; requieren una manipulación y una eliminación costosa y complicada que nos lleva a que, en un altísimo porcentaje de las ocasiones, simplemente se prescindiera de un tratamiento sostenible y, en consecuencia, las condiciones de vida en dichos edificios son precarias, a partir de unos pocos años de uso. La construcción tradicional, para ejecutarla bien, resulta carísima.



Proyecto de IKEA en Londres

de la edificación, que agotamiento, radical de paradigma, *absolutamente* construcción de llamamos poco eficientes, ofrecen

La calidad de lo que denominaremos *producto edificatorio* es muy deficiente, además de cara: el sistema de construcción tradicional *“no se basa en evitar los errores, sino en encajarlos sin demasiados problemas, sustituyendo el concepto de tolerancia entre piezas por la imprecisión de un proceso basado en el relleno”*³.

En nuestro Refranero existe un refrán que nos dice que *«Quien evita la ocasión evita el peligro»*. Pues hagámosle caso al refranero y evitemos la ocasión, con los que evitaremos una buena parte de los riesgos, peligros y disfunciones que caracterizan al sector de la construcción.

III. ¿CÓMO CONSEGUIMOS ESO?-

En una primera aproximación, podemos conseguir que el tiempo de exposición de los trabajadores a las situaciones de peligro en la obra sea el mínimo necesario. Cuanto menos tiempo estén expuestos, menores serán las ocasiones en que puedan estar en peligro de accidentes laborales o expuestos a situaciones poco saludables. Aplicando el sentido común, tendremos un resultado favorable al conseguir minimizar el riesgo de someter a los trabajadores a situaciones de inseguridad o de peligro.

Si conseguimos fabricar la mayoría de los elementos de obra, los subsistemas y los sistemas de instalaciones en taller (*fábrica*), donde es mucho más fácil controlar la seguridad y la calidad de los procesos, dejando para montarlos *«in situ»* las últimas operaciones de construcción, es evidente que minimizamos, por la menor cantidad de tiempo empleado en la construcción, las situaciones de peligro. Para que esto pueda suceder, se necesita una importante labor investigadora para que la industria española se adapte de cara a la fabricación de cada una de las unidades de obra que después habrán de ser montadas *in situ*. Pero también es cierto que se necesitará realizar una labor de Normalización de elementos, sistemas y subsistemas que los hagan compatibles entre sí, sea cual sea la empresa que los haya fabricado. Ello traería, como consecuencia, disponer de catálogos de

² CARRASCAL, J. M., *“LA CRISIS”*. La Tercera de ABC de 2 de octubre de 2012.

³ F. PICH-AGUILERA, T. BATLLE, P. CASALDÁLIGA, *“La arquitectura residencial como una realidad industrial. Tres ejemplos recientes”*. Informes de la Construcción, Vol. 60, 512, 47-60, octubre-diciembre 2008. Instituto Eduardo Torroja de Ciencias de la Construcción, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. ISSN 0020-0883. eISSN 1988-3234. R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

elementos, sistemas y subsistemas compatibles para que los técnicos proyectistas tuvieran donde elegir según el proyecto que estén redactando.



La idea de la industrialización no es nueva en absoluto, no hace aún un siglo que fue definida (en las primeras décadas del siglo XX⁴) en el polémico artículo de Le Corbusier “*Hacia una Nueva Arquitectura*”, donde se denunciaba el hecho de que, en aquel momento, la arquitectura no daba respuesta a las necesidades que demandaba la sociedad. El genial arquitecto, (que, por cierto, nunca se diplomó como tal, a pesar de ser uno de los más influyentes arquitectos del siglo XX) para solucionarlo, formuló, en 1928, la rotunda propuesta de lo que denominó «*la machine à habiter*» -también conocida hoy como «*machine à vivre*») que conllevaba el importante significado, que Corbusier quería resaltar como modelo para la nueva casa, el hecho de que todas sus piezas se producen de forma industrializada, con nuevos materiales y, finalmente, la máquina se construye como resultado de la perfecta macla de cada una de ellas. Para que se pudiera conseguir, Le Corbusier inventó un nuevo concepto: «*la caja de elementos de construcción*», que no era otra cosa que un catálogo de elementos, sistemas y subsistemas constructivos, disponibles en el mercado, que los proyectistas tuvieran a mano para elegir aquellos que necesitaran para la redacción de sus nuevos proyectos. Algo como eso es lo que volvemos a proponer ahora. Y somos conscientes de que la innovación, en general, es mal recibida siempre y que los innovadores suelen ser tenidos por dementes o iluminados.

Es necesario que las industrias auxiliares se suban de verdad al tren de la I+D+i, no solamente de manera nominal para recibir subvenciones, sino con el fin de que resuelvan los problemas que se presentarían respecto a las herramientas y medios de trabajo precisos para que el montaje de los distintos elementos sea rápido, eficaz y seguro; así como los problemas de transporte y almacenaje en obra, dado que no siempre se disponen en los lugares de fundación de los edificios de los espacios necesarios para almacenar todo el puzzle de piezas que constituiría un edificio completo. Deberíamos dejar la construcción tradicional para los edificios singulares o para los que, teniendo mucho dinero, quieran construirse casas a medida mucho más especiales.

Menos esperanza tenemos de qué los Arquitectos se sumen a esa innovación. Tenemos el antecedente de que, cuando se fundó la Real Academia de las Tres Nobles Artes de San Fernando, en 1757, los «*nuevos*» arquitectos académicos propusieron, como primer libro de texto, los «*Diez Libros de Arquitectura de Vitrubio*», como exponente de aquella modernidad, aunque se escribieron, en tiempos del emperador Augusto, en el siglo I de nuestra era. Se mire como se mire, no es una muestra de su valentía conceptual, por muy buena arquitectura que fuera. Muchos Arquitectos han pensado siempre que la industrialización limita demasiado su creatividad. La actitud de muchos de ellos ha sido siempre la de afrontar los proyectos de arquitectura industrializada como si de un prototipo se tratara y, como no es difícil intuir, esta actitud desmantela el cúmulo de beneficios que puede traer la industrialización de la construcción, especialmente en lo que se refiere a su costo. Deberían fijarse en los diseñadores de automóviles que, a pesar de que el sector de la automoción fue altamente industrializado por Henry Ford desde 1908, no paran de innovar y diseñar cada vez mejores vehículos automóviles, más seguros, más potentes y relativamente más baratos.

IV. ¿POR QUÉ NO SE HACE?-

Los problemas son múltiples y complejos de explicar:

- a. La inercia en el subsector de la edificación es enorme y en un negocio en el que los beneficios son, proporcionalmente inmensos comparados con los de otros sectores económicos, ¿para qué modificar los sistemas, si los tradicionales proporcionan unos ingresos más que aceptables?
- b. Como en todas las ocasiones que en el mundo han sido, en la construcción, los técnicos se encuentran muy a gusto con la forma de construir que, entre otras cosas, no les obliga a

⁴ JEANNEERET, CHARLES EDOUARD, conocido como LE CORBUSIER: “*Hacia una Nueva Arquitectura*”. Architectural Press, 1998. ISBN-10:075064138X. Artículo aparecido en la revista L’sprit Nouveau en 1923 bajo el título “*Vers une Architecture*”.

la precisión, sino que, cuando los procesos de construcción de la obra, se encuentran con problemas, rellenan y no ocurre casi nada.

- c. Desde el siglo XVIII, cuando se creó la Real Academia de las Tres Nobles Artes – Pintura, Escultura y Arquitectura-, los «*Arquitectos Académicos*» decidieron que ellos eran los que tenían el conocimiento de los arcanos arquitectónicos, ¿para qué modificarlos? Les ha ido muy bien hasta ahora.
- d. Mientras ocurría todo esto, en los demás sectores económicos, se produjeron todos los procesos de industrialización que nos han llevado a que casi todo el mundo pueda tener en propiedad, por ejemplo, un automóvil – proceso de producción en cadena ideado por Henry Ford, o proceso de fabricación de indumentaria «*prêt a porter*»-, que nos permite tener, a casi todos un vehículo automóvil o vestir, más o menos, a la moda imperante sin necesidad de arruinarnos.

V. INVESTIGAR SOBRE LA INDUSTRIALIZACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN.-

Hasta el presente, con la excepción de algunos técnicos pertenecientes al Instituto Eduardo Torroja de Ciencias de la Construcción y algunos otros como el Arquitecto Rafael Leoz que inventó el “*Módulo Hele*”, sobre todo, dentro del CSIC, propio Ingeniero D. Eduardo Torroja, nadie se ha necesitado urgente de industrializar la construcción. son técnicos que se han centrado en las de que los procesos industrializados sean una problemas de la construcción. La investigación que encontrar el método, técnica y económicamente, industrializar los procesos constructivos y existen ejemplos muy notables que suelen ser publicados en la revista «*Cuadernos de la Construcción*» del mencionado Instituto Eduardo Torroja de Ciencias de la Construcción. Sin embargo, no industrializar la construcción sería parecido a negar las ventajas de la industrialización del sector de la automoción que nos ha permitido, a casi todos disponer de un vehículo automóvil, desde los principios del siglo XX, cuando Henry Ford se le ocurrió que los automóviles debían producirse en cadenas de montaje para abaratar los precios. También sería como renegar del sector de la Moda y proponer que todos nos vistiéramos en los talleres de los Modistos de Alta cultura, despreciando la solución *prêt a porter*.



comenzando por el planteado en serio la Los que lo han hecho posibilidades técnicas solución a los se realiza intenta idóneo de

Pero, además de los problemas técnicos y económicos, existen otros muchos ya que, a pesar de que, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, es decir, después de 1945, en Europa se planteó el problema de la falta de vivienda a causa de la destrucción producida por la guerra, en países como Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, Austria, etc., entonces se comenzó a realizar una construcción prefabricada a base de grandes elementos tridimensionales de hormigón armado que se podían apilar, pero que más que una construcción industrializada, se trataba de una construcción *in situ* realizada con diversos elementos prefabricados. No es eso lo que aquí proponemos, sino una *industrialización sutil* de la construcción que termine pareciéndose a la moderna fabricación de automóviles. La meditación sobre estos y otros problemas nos conducen a considerar que uno de los problemas que encontramos para que pueda prosperar el cambio de paradigma, es la legislación actual que, en modo alguno, prevé la existencia generalizada de una construcción industrializada.

En la legislación actual, tanto la de carácter general, como la sectorial, no existen normas jurídicas que se hayan promulgado bajo el supuesto de una construcción industrializada. Partimos de la base de que respecto a la responsabilidad civil es necesario que se modifiquen muchas normas, comenzando por la derogación del artículo 1.591 del CC; porque es obsoleta, aberrante y distorsionadora del ordenamiento vigente y, respecto a las de prevención, habría que intensificar las determinaciones de los artículos 14 y 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en donde se legisla que el Empresario o Promotor es el responsable de la implementación de sistemas de seguridad y salud laboral y debiera ser el de los delitos previstos en el CP que se puedan cometer contra la vida o la integridad física de los trabajadores inmersos en el sector de la construcción y comercialización de un edificio, ya sea a título personal, o como persona jurídica.

En la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, apenas se menciona el problema de la inseguridad en la obra, excepto para señalar las titulaciones académicas habilitantes para actuar como Coordinador de Seguridad y Salud durante la fase de proyecto y de ejecución de obra. También queda obviado el problema de la seguridad en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, el que ni siquiera se declara como uno de los requisitos mínimos la PRL en las obras de edificación, aunque la siniestralidad siga siendo una de las más altas de Europa.

Por supuesto, ambas normas están pensadas para sistemas de construcción tradicional, el legislador en ningún momento se ha planteado que en el sector de la construcción deba operarse una transición necesaria hacia la construcción industrializada, por muy de sentido común que sea.

La legislación urbanística también debería revisarse. Los mitos del planeamiento y el intervencionismo de las Administraciones públicas, no han surtido los efectos deseados desde que, en 1956 se promulgó la primera Ley del Suelo. Cada vez que se ha dado una vuelta de tuerca contra los propietarios de suelo, tachándolos, en la mayoría de las ocasiones, de especuladores, lo que se ha conseguido es que aumente la corrupción urbanística y suba el precio de repercusión del suelo en la edificación.

Nos parece pertinente, aunque sea de modo sucinto, abordar los problemas urbanísticos que plantean el concepto actual de la propiedad del suelo en España y sus repercusiones en el ámbito de la industrialización de la construcción; porque los tres factores que influyen directamente en el éxito de la industrialización, una vez resueltos los problemas técnicos que plantea, son el coste de la mano de obra especializada, el coste de los elementos, sistemas y subsistemas fabricados para montar en obra, es decir, el coste de las materias primas y de su transformación, y el precio del suelo sobre el que se fundará el edificio industrializado.

El primero de ellos, lo que hasta ahora llamábamos materiales, no tendría problema si se fabrican con los últimos medios tecnológicos disponibles, entre los que destacamos la automatización máxima de la producción en fábrica de elementos, sistemas y subsistemas. La mano de obra tampoco representaría un gran problema porque, si bien se trata de mano de obra especializada y muy bien formada, la reducción en un tercio que produce el sistema de montaje relacionado con el tiempo que se tarda en realizar la construcción por medios tradicionales, redundaría en un importante abaratamiento de los costes.

El suelo es el que, de seguir como actualmente se encuentra regulado, representaría un problema que arruinaría los beneficios conseguidos respecto al resto de los factores. El suelo es fundamental, hay quien lo denomina la materia prima de la edificación, nosotros no decimos eso, pero sí decimos que sin suelo o con un suelo excesivamente caro, sería imposible mejorar el precio de la vivienda industrializada. La clave se encuentra en la transformación que ha sufrido el concepto jurídico de propiedad privada del suelo. En la actualidad el que el urbanismo sea *una función pública*, como señala la exposición de motivos del Texto Refundido de la Ley del Suelo, genera el problema de que esté fuera del mercado libre y sujeto a decisiones políticas sobre su aptitud para urbanizarlo o no. La experiencia desde 1956, es que el intervencionismo de la Administración Urbanística, consiguiendo una artificial escasez de suelo –en España solo está urbanizado un 5% de su territorio, aunque muy concentrado en ciertos puntos concretos- hace subir el precio del mismo por la ley de la oferta y la demanda. Esta escasez artificial se realiza por la propia Administración Urbanística, buscando que las enormes plusvalías que se generan le permita financiarse, y en más casos de los que sería de desear, financiar a los propios responsables técnicos y políticos, como se deduce de la enorme cantidad de casos de corrupción urbanística que vienen denunciándose en los periódicos y que ha obligado al legislador penal a incluir y, en su última reforma, la agravación de las penas respecto de los delitos contra la legalidad urbanística. Por algo será.

No hay más que leer la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el *texto refundido de la ley del suelo* (BOE núm. 154, de 26 de jun. De 2008). Contiene la colección más completa de falacias, lugares comunes e inconsistencias filosóficas que hemos podido leer sobre la propiedad del suelo y su régimen jurídico y urbanístico. Este Texto refundido representa un salto entre el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (*Ley Borrell*) y la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, esquivando la existencia de la Ley 6/1998, de 13 de abril,

sobre Régimen del Suelo y Valoraciones que, con su muy tímido e insuficiente intento de liberalización del suelo, supuso un respiro en el panorama urbanístico español.

Resulta sorprendente que la propiedad del suelo y su régimen urbanístico y jurídico se haya convertido en un asunto de controversia ideológica. Controversia muy poco aireada, al contrario de lo que ocurre actualmente con el asunto de la enseñanza en España, pero que los principales partidos políticos emplean como piedra arrojada cuando pasan alternativamente de la oposición al gobierno. La Ley 6/1998 supuso la introducción de una nueva forma de afrontar el problema urbanístico, si bien es verdad que con excesiva timidez, casi como para no hacer daño, para que no se notara demasiado. Pero, al fin y al cabo, un pequeño rayo de luz en el panorama urbanístico español.

Como es sabido, la concepción tradicional de la propiedad que se concreta en nuestro CC y pervive hasta nuestros días, cuenta con las siguientes características fundamentales:

- a) Se trata de un derecho potencialmente absoluto en cuanto las facultades de goce y disposición y se encuentra reconocido por la Ley que es la única que puede imponerle limitaciones⁵.
- b) Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa justificada de interés público⁶.
- c) Esta concepción del derecho de propiedad es directamente tributaria de la ideología liberal que la consideraba como un derecho inviolable y sagrado⁷.
- d) Las limitaciones al derecho de propiedad se configuraban como limitaciones externas al propio derecho de propiedad como lo evidencia el artículo 350 del CC, tales como las servidumbres, leyes sobre Minas, Aguas y los reglamentos de policía y Ordenanzas municipales de construcción o edificación; y vienen impuestas por motivos de vecindad, de salubridad e higiene y por motivos de seguridad técnica de los edificios.

Con esta concepción jurídica del derecho de propiedad, cuando la Administración necesitaba utilizar parte de la propiedad privada para el desarrollo de sus proyectos, no tenía más remedio que acudir al instrumento jurídico de la expropiación forzosa. Es la Administración la que debe cumplir con la función de dotar a la ciudad de espacios libres, calles, plazas, espacios o edificios de uso colectivo y lo debe hacer con cargo a sus presupuestos. La participación en las plusvalías que generan los proyectos que ejecuta la Administración no eran contemplados de manera clara en aquel momento. En nuestra opinión, así debe de ser, ya que la Administración no debe tener otros intereses o beneficios que los de sus administrados, todo lo demás, como veremos más adelante, es una invitación a la corrupción y a la codicia más desatada.

Las regulaciones urbanísticas que se irán promulgando a lo largo del siglo XX, irán desplazando esta concepción liberal del derecho de propiedad que hemos apuntado y lo harán brutalmente hasta la actual concepción de la propiedad que, con respecto a la liberal es absolutamente irreconocible.

Esta mutación comienza por concebir la idea de que la articulación de un sistema de derechos requiere una delimitación previa de los mismos: *La propiedad no es un derecho natural y previo a la Ley, sino un derecho que ésta reconoce, delimita y configura, concretando su contenido*. Con estas ideas comienza la transmutación que se aparta del reconocimiento de la propia naturaleza humana, ya que nunca debemos olvidar de que, aunque seres humanos, no dejamos de ser primates y, como tales, territoriales, de manera natural, nuestro instinto nos obliga a la apropiación de una pequeña

⁵ El primer párrafo del artículo 348 de CC señala que *«la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes»*.

⁶ El artículo 349 establece expresamente: *«Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización»*.

Si no precediere este requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado.»

⁷ El artículo 17 de la Declaración de Derechos Humanos de 1789 señalaba que: *«siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de él, sino cuando la necesidad pública lo exija evidentemente, y bajo la condición de una justa y previa indemnización»*. También aparece esta concepción en el artículo 1 de la Ley de enajenación forzosa de 1836 ya que se encontraba establecido en el artículo 2 de la Constitución de 1812, cuyo segundo aniversario se celebró el año pasado y en los comentarios que sobre dicha Constitución se hicieron se pudieron escuchar las más peregrinas opiniones que demostraban que quienes las vertían desconocían de lo que hablaban.

parte del suelo en donde habitamos, de un pequeño territorio donde podamos desenvolvemos, crear una familia, tener los recursos para alimentarla, defenderla y desarrollarla. Esa es nuestra naturaleza y olvidarlo nunca conduce a nada bueno. En sentido estricto y desde el punto de vista de nuestra naturaleza, la propiedad privada *sí* es un derecho previo a la existencia de las Leyes.

Sin embargo, olvidando nuestra propia naturaleza, durante el siglo XX el derecho de propiedad se ha convertido casi en una concesión administrativa con unas limitaciones intrínsecas que lo hacen irreconocible y nos obligan a favor de unos supuestos intereses de la Administración ajenos a los intereses de los administrados que son los únicos intereses legítimos que deben existir. Es al Poder y a su Administración a quien la Ley debe poner límites, pues, en caso contrario, se alcanza lo que hoy tenemos que es una Administración elefantiásica y voraz que nos ha arruinado y un Poder insaciable que se corrompe fácilmente y nos devora. Parece que, en este sentido, todos estamos de acuerdo.

No es este ni el sitio ni el momento de profundizar en este asunto, pero es importante dejarlo reseñado porque afecta muy sensiblemente a la disposición suficiente de suelo para abordar la industrialización de la construcción de viviendas. Dejamos dicho que no podemos comprender el motivo por el que la propiedad del suelo no tiene en España un estatuto general, siendo el suelo, además, uno de los bienes más abundantes que tenemos, lo que, en buena lógica, si no fuese por la artificial escasez que, con respecto al suelo urbano o urbanizable, introduce la Administración Urbanística, debería ser barato y, sin embargo, conculca todas las leyes del mercado libre.

Por otro lado, la estupidez⁸ humana o los intereses espurios en España han tratado de resolver el problema de la carestía de la vivienda mediante la promulgación de leyes urbanísticas, sin percibir que, el de la vivienda, no es un problema urbanístico sino un verdadero problema social y las normas que ayudarían a resolverlo son sociales en lugar de Leyes del Suelo y sus respectivos Reglamentos. El problema social consiste en que en España, si en lugar de tener un salario mínimo interprofesional de 640 €, lo tuviéramos de 1.200 €, como en Francia, por ejemplo, el acceso a la propiedad de una vivienda libre sería más fácil para un mayor número de ciudadanos, con independencia del debate antiguo de si somos más propietarios que arrendatarios que en el resto de Europa o no, que no viene al caso, porque en un país pobre, como el que nos encontramos y con un bajísimo nivel cultural, entender la diferencia de una inversión, como podría ser considerado el arrendamiento de una vivienda, y un gasto, en el caso de compra de una vivienda, es una entelequia plantearse. Es incluso una entelequia el plantearse que los «jóvenes» se planteen comenzar alquilando para, con el paso del tiempo, terminar comprando.

Si hubiéramos comenzado en la UE con la Unión Política y Social, en lugar de comenzar con la Unión Económica y Fiscal, habríamos armonizado la capacidad económica de todos los ciudadanos de la UE y después podríamos haber armonizado nuestro régimen fiscal y económico. Pero eso habría supuesto actuar con sentido común y no parece que fuera esa la intención de los 28 países que hoy conforman la UE. Lo que querían la mayoría era poder recibir subvenciones para acometer proyectos faraónicos con el fin de alardear ante sus respectivos electorados y perpetuarse en las poltronas. ¡Mal asunto con difícil solución!

VI. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

Desde el punto de vista de la PRL el cambio de paradigma traería muchas ventajas. Si alguien ha visto como funcionan las cadenas de montaje de una fábrica de automóviles, se dará cuenta enseguida de que la tecnificación de las instalaciones reduce al máximo la posibilidad de que ocurran accidentes entre los trabajadores especialistas muy cualificados que componen la plantilla de una de esas factorías. La maquinaria con que cuentan en las cadenas de montaje puede hacer que un coche se gire para que se pueda trabajar en sus bajos sin necesidad de cambiar o forzar posturas. La sustitución mediante máquinas robóticas de los trabajadores manuales en los trabajos con más riesgos de accidente o enfermedad profesional, permite realizar trabajos complejos y peligrosos con una precisión y limpieza nunca soñada anteriormente.

Estos sistemas industrializados apenas producen accidentes laborales, aunque requieren que los utilicen trabajadores altamente cualificados, especializados y formados adecuadamente y una

⁸ Según la primera acepción de la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

supervisión de cada uno de los procesos muy precisa y exhaustiva. La fabricación de muchos de los elementos que constituyen un vehículo automóvil se realiza, en la mayoría de las ocasiones, en otras fábricas auxiliares distintas a las de la marca de vehículo donde éste se monta, porque su especialización en la fabricación de esos componentes mejora la eficacia, la eficiencia y la calidad final de los productos y, al ser especialistas, los trabajadores se encuentran mejor formados y especializados en la fabricación de los componentes que producen y con ello también se fomenta ostensiblemente la PRL.

En el siglo XXI así debería realizarse también, *mutatis mutandis*, la construcción de inmuebles, con ello se mejoraría la calidad, el coste de los edificios construidos, la seguridad y la salud en el trabajo, ofreciendo mayor satisfacción al usuario o comprador de un inmueble y satisfaciendo, así mismo, las expectativas de los promotores de obras residenciales. Aunque también este paradigma tiene sus problemas. En primer lugar al necesitarse una mano de obra muy especializada y bien formada, el sector de la construcción no podría absorber los cientos de miles de trabajadores sin cualificación, provenientes del medio rural o de la emigración que, hasta ahora, habían encontrado trabajo en el sector a pesar de sus escasos conocimientos y habilidades.

En segundo lugar, se despejaría el mercado inmobiliario impidiendo que los desaprensivos pudieran *hacer su agosto*, vendiendo productos de dudosa calidad a precios de productos de primera. Los promotores tendrían que ser mucho más profesionales, de forma que no se daría el caso de que personas poco preparadas, en muy pocos años, se hicieran ricos a costa de los ingenuos usuarios que, en muchas ocasiones, sólo se enteran de lo que han comprado cuando comienzan los problemas y es cuando tienen que enfrentarse a procesos judiciales que, en los mejores casos, necesitarán más de diez años para resolverse, con el consiguiente esfuerzo económico que no siempre recompensa adecuadamente al sufridor del problema.

Habría que resolver el problema de las responsabilidades derivadas de la ejecución de las obras. El objeto de controversia sería, como en el caso de la automoción, el producto edificatorio. Ello nos lleva a que tiene que ser el promotor el responsable absoluto ante sus clientes compradores, sin que ello sea óbice para que ese promotor pueda pedir responsabilidades al agente interviniente sobre el que pudieran recaer indicios razonables o estimara que es el que por su deficiente intervención profesional o por su negligencia hubiera sido el que hubiese provocado los vicios o defectos del producto edificatorio que provocasen su responsabilidad ante sus clientes.

En cuanto a las responsabilidades penales que hoy día establece el CP, tenemos que alertar que hay que introducir cierta cordura en sus determinaciones y este es un asunto muy grave por las consecuencias que conlleva.

Cada uno de los asuntos que planteamos en este primer artículo serán abordados uno a uno en los artículos siguientes que intentaremos publicar en este mismo medio de difusión.

Por último decir que, también quedarían al descubierto muchas personas que viven de convocar manifestaciones inútiles cada vez que se produce un accidente laboral y después no hacen nada por la PRL, incluso, en algunas ocasiones, han pactado con los empresarios subidas económicas a cambio de PRL, siendo esto último una inmoralidad manifiesta.

Convendría recordar aquello que dijo Ray Charles: *“Cuanto más nos conformemos, más probabilidades tenemos de dejar de ser interesantes”*. No deberíamos dar la espalda al siglo en que vivimos y a los problemas que nos plantea. Como ha dejado dicho CARREIRA⁹ *“... podemos estar seguros de que la ignorancia nunca será una solución a nuestros problemas”*.

Luis Javier Cuenca López

⁹ CARREIRA VÉREZ, M. M.: *El hombre en el Cosmos*. 1ª edición, enero 2009. Edit. Asociación Española de Ciencia y Cultura. ISBN: 978-48-936889-5-0. Madrid, 2009. Pág. 37.
R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

BIBLIOGRAFÍA

Todas las referencias artículos de *INFORMES DE LA CONSTRUCCIÓN*, del Instituto de Ciencias de la Construcción Eduardo Torroja, se pueden bajar de la dirección de *INTERNET*:

<http://informesdelaconstruccion.revistas.csic.es/index.php/informesdelaconstruccion/issue/archive>

- BASSO VIRULÉS, F.: *Prefabricación e industrialización en la construcción de edificios*. Barcelona, 1968. Editores Técnicos Asociados.
- BILBAO, L.: “*Algunas consideraciones sobre la historia de la industrialización de la construcción de viviendas durante el Desarrollismo (1960-1975): La aportación bilbaína al debate de la industrialización de la vivienda*”. Informes de la Construcción. Instituto de Ciencias de la Construcción Eduardo Torroja. CSIC. Vol. 58. 502, 49-62. ISSN: 0020-0883. Madrid, abril-jun. 2006.
- BURSTEIN, D. y STASIOSKI, F.: *Project Management. Manual de Gestión de Proyectos para Arquitectos, Ingenieros e Interioristas* (Título original: *Project Management for the Design Professional*). 1ª edición, 7ª tirada. Ed. Gustavo Gili, S. L. ISBN: 978-84-252-1701-2. Barcelona 2011.
- CALVO CASAS, J. L.: “*Procedimiento Español de Construcción Industrializada (PRESCOIN)*”, en CGT, Sindicato Nacional de la Construcción. Madrid, dic. 1974.
- CARREIRA VÉREZ, M. M.: “*El Hombre en el Cosmos*”. 1ª edición, enero 2009. Edit. Asociación Española de Ciencia y Cultura. ISBN: 978-84-936889-5-0. Madrid, 2009.
- CASINELLO, P.: “*Eduardo Torroja y la industrialización de «la machine à habiter», 1949-1961*”. Informes de la Construcción. Instituto de Ciencias de la Construcción Eduardo Torroja. CSIC. Vol. 60. 512, 5-18. ISSN: 0020-0883. Madrid oct.-dic., 2008.
- DEL CAÑO, A. y DE LA CRUZ, M. P.: “*Las empresas de ingeniería en la construcción industrial: evolución y futuro*”. Informes de la Construcción. Instituto de Ciencias de la Construcción Eduardo Torroja. CSIC. Vol. 58. 501, 57-70. ISSN: 0020-0883. Madrid, en.-mar. 2006.
- DE LA CRUZ, M. P. y DEL CAÑO, A.: “*Construcción y Arquitectura Industrial para el siglo XXI: un análisis preliminar*”. Informes de la Construcción. Instituto de Ciencias de la Construcción Eduardo Torroja. CSIC. Vol. 53. 473, 39-53. ISSN: 0020-0883. Madrid 2001.
- DE LA HOZ, R.: “*Plan de industrialización de construcción de viviendas (Estudio para la preparación de trabajos previos)*”, en *Arquitectura* n° 18, junio 1960. Págs. 2-20.
- DE VILLANUEVA DOMÍNGUEZ, L.: “*Las tres edades de la construcción*”. Informes de la Construcción. Instituto de Ciencias de la Construcción Eduardo Torroja. CSIC. Vol. 57. 498, 41-45. ISSN: 0020-0883. Madrid, jul.-ag. 2005.
- JEANNERET, CH. E. (Le Corbusier): “*Hacia una nueva Arquitectura*”. Architectural Press, 1998. ISBN-10-075064138X. Artículo publicado en la revista «*L' esprit Nouveau*» en 1923, bajo el título “*Vers une Architecture*”.
- KRUGMAN, P.: *End His Depression Now*. Traducción de Cecilia Blesa y Gonzalo García. Ed. Crítica, S. L. ISBN 978-84-9892-405-3. Barcelona 2012. Pág. 22.

- MARRA, A.: *Legal Project Management. Técnicas para competir en el nuevo mercado legal*. 1ª edición. ISBN 978-84-1556-006-7.
- MONJO CARRIÓN, J.: *“La evolución de los sistemas constructivos en la edificación. Procedimientos para su industrialización”*. Informes de la Construcción. Instituto de Ciencias de la Construcción Eduardo Torroja. CSIC. Vol. 57. 499-500, 37-54. ISSN: 0020-0883. Madrid, sptbre.-oct.-novbre.-dic. 2005.
- MUÑOZ MACHADO, S. y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *El Planeamiento Urbanístico*, 2ª edición. Edit. Iustel, Portal de Derecho, S.A. ISBN: 978-84-9890-037-8. Madrid – 2009.
- NEUFERT, E.: *“Industrialización de las Construcciones: Manual de la Construcción Racional con Medidas Normalizadas*. Editorial Gustavo Gili. Barcelona, 1969.
- PEREÑA BRAND, J.: *Dirección y Gestión de Proyectos*. 2ª edición revisada y aumentada. Ediciones Díaz Santos, S. A. Madrid, 1996.
- RUIZ-LARREA, C.; PRIETO, E.; GÓMEZ, A. y BURGUEÑO, H.: *“El proyecto «Manubuild»: Una propuesta de la aplicación de sistemas industrializados a la vivienda colectiva en España”*. Informes de la Construcción. Instituto de Ciencias de la Construcción Eduardo Torroja. CSIC. Vol. 61. 513, 47-58. ISSN: 0020-0883. Madrid, 2009.
- SALAS, J.: *“De los sistemas de prefabricación cerrada a la industrialización sutil de la edificación: Algunas claves del cambio tecnológico”*. Informes de la Construcción. Instituto de Ciencias de la Construcción Eduardo Torroja. CSIC. Vol. 60. 512, 19-34. ISSN: 0020-0883. Madrid, oct.-dic. 2008.
- SALAS, J.: *Construcción industrializada. Prefabricación*. Ed. UNED. 356 págs. Madrid, 1987.
- SORIANO GARCÍA, J. E.: *Hacia la Tercera Desamortización. (Por la Reforma de la Ley del Suelo)*. ©José Eugenio Soriano García y © Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, S. A. ISBN: 84-7248-284-7. Madrid, 1995.

LA VULNERABILIDAD DEL INERME

Rosario Morejón Sabio
Doctora en Psicología
Universidad de Deusto
rmorejón@deusto.es

Fecha de recepción: 18 de febrero de 2013
Fecha de aceptación: 18 de marzo de 2013

SUMARIO: 0. PREFACIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 3. DELIMITANDO EL NUEVO ESCENARIO DE GUERRA. 3.1.LA GUERRA COMO LITIGIO REGULAR. 3.2. EL PAPEL SOCIAL DE LOS COMBATIENTES. 3.2.1.¿GUERRERO O TERRORISTA? 3.3. EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA. 4. LOS CONTEXTOS DE VIOLENCIA TERRORISTA DESDE LA TEORÍA DEL ESTRÉS. 4.1. NATURALEZA DEL ESTRÉS. 4.2. EL TERRORISMO COMO “DESASTRE ANTROPOGÉNICO”. 4.2.1. CARACTERÍSTICAS FORMALES DEL ESTRESOR “TERRORISMO GLOBAL”. 4.2.2. CARACTERÍSTICAS SUBJETIVAS DEL ESTRESOR “TERRORISMO GLOBAL”. 5. CONCLUSIONES. 6. REFERENCIAS.

RESUMEN: Los atentados terroristas contra las Torres Gemelas en Nueva York el día 11 de septiembre de 2001 representan un punto de inflexión en la historia de la destrucción de la humanidad. Este artículo aborda los nuevos escenarios de violencia desde el concepto de guerra global. Para ello se examina las diferencias entre la guerra convencional y el litigio terrorista. Asimismo se revisa el papel social de los combatientes y el estatuto de las víctimas. Estas reflexiones cumplen dos propósitos: primero, delimitar los marcadores del terrorismo como desastre antropogénico y en un segundo momento, describir el especial estado de vulnerabilidad de las víctimas potenciales ante los nuevos contextos de guerra. Se insiste en la identificación de las propiedades de los sucesos desencadenantes de la indefensión y de los síndromes de estrés postraumático en la medida en que la disección precisa de los ataques terroristas globales representa un primer paso en la recuperación de los perjuicios del crimen y del terror.

ABSTRACT: The terrorist attacks against the Twin Towers on September 11th 2001 represent an inflection point in the history of mankind's destruction. This article deals with new scenarios of violence from the concept of global war. For this purpose, the differences between conventional war and terrorist litigation are analyzed. Likewise, the social role of the combatants and victims' statute are revised. These thoughts have two aims: firstly, to define the marking of terrorism as an anthropogenic disaster and secondly, to describe the special vulnerability statute of potential victims in the face of the new contexts of war. We insist on the identification of the properties of the events giving rise to helplessness and posttraumatic stress disorder because the precise dissection of global terrorist attacks is a first step in recovering from the damages of crime and terror.

PALABRAS CLAVE: Guerra Global, Terrorismo, Vulnerabilidad, Indefensión, Estrés Postraumático, Inerme.

KEYWORDS: Global-War, Terrorism, Vulnerability, Helplessness, Posttraumatic stress disorder (PTSD), Defenselessness.

0.- PREFACIO.

La invitación del doctor Don Francisco Lledó Yagüe a participar en la inauguración de un nuevo ámbito de reflexión interdisciplinar, la revista “Derecho, Empresa y Sociedad”, me ha movido a poner en orden algunas inquietudes acerca de los especiales zarpazos que la violencia ha venido dando en el final del siglo XX y en las primeras décadas del XXI. La caída de las Torres Gemelas el 11 de Septiembre de 2001 en Nueva York, no es un atentado más. Entendemos que este acontecimiento redibuja la configuración de los escenarios de guerra y no son pocas las implicaciones legales derivadas de tal ataque terrorista. Las consecuencias psicológicas tampoco son menores: cabe pensar en un nuevo desencadenante de los cuadros de estrés postraumático. “Somos todos neoyorkinos” se repite machaconamente en aquella fatídica fecha y en los días subsiguientes. Se trata de compartir el duelo y de repartir la conmoción pero también, y como singularidad, de situar el trágico desconcierto mundial de una masacre insensata y desmedida que en nombre de un horror desorbitante, inauguraba el nuevo siglo. En Madrid, sobre las paredes de vidrio de la Torre de Atocha, una frase: “Todos íbamos en el tren”. Un 11 de Marzo de 2004, esta vez. De nuevo el luto ante la desfiguración de los cuerpos y la casualidad como circunstancia definitoria del estatuto de víctima en el marco de la violencia contemporánea. Las páginas que siguen son una aproximación a los actuales contextos de la violencia tratando, por una parte, de aislar aquellos marcadores que la distinguen ya como “violencia global” y, en segundo término, son un intento de reenfocar las vivencias de las víctimas potenciales desde una transacción nueva como es la “Guerra Global”. Situarnos en la perspectiva del ciudadano inerte contribuye a todo ello.

1.-INTRODUCCIÓN

“¿Qué es mejor, tener reglas y estar todos de acuerdo o cazar y matar? (...) ¿Qué es mejor, la ley y el rescate o cazar y destrozarlo todo? (...) La tormenta de ruido les alcanzó como un conjuro de odio. Roger, en lo alto, apoyó todo su peso sobre la palanca, con delirante abandono. La roca dió de pleno sobre el cuerpo de Piggy, desde el mentón a las rodillas; la caracola estalló en un millar de blancos fragmentos y dejó de existir. Piggy, sin una palabra, sin tiempo ni para un lamento, saltó por los aires, al costado de la roca, girando al mismo tiempo. (...) El cráneo se partió y de él salió una materia que enrojeció en seguida. Los brazos y las piernas de Piggy temblaron un poco, como las patas de un cerdo después de ser degollado. (...) El silencio aquella vez fue total. Los labios de Ralph esbozaron una palabra, pero no surgió sonido alguno”¹ (Golding W., 1954).

La lectura de la novela “El Señor de las Moscas” con un adolescente es una sacudida dialéctica sobre lo absurdo del comportamiento humano. En una isla paradisíaca, donde nada falta, ¿por qué un grupo de amigos hacen de la vida una carnicería? Con esta alegoría sobre la sinrazón del Hombre, Sir William Golding (1911-1993) descarga la crueldad, el horror, el mal sabor del alma soportados como combatiente durante la segunda contienda mundial. La persecución del acorazado alemán Bismarck, el desembarco de Normandía y tantas otras escenas desengañan al comandante de la bondad del género humano. Sin mencionarla, la guerra es la protagonista de “Lord of the Flies”. La impiedad y el espanto sustituyen, del modo más inverosímil, la ilusión de los muchachos por sobrevivir. Desencadenada la excitación de la sangre y el juego de la muerte nada es comparable a la destrucción del adversario, esto es, del amigo hecho enemigo para gozar con su humillación y su sufrimiento. Las barbaridades de la violencia humana encuentran difícil explicación.

El desarrollo de la pulsión de muerte en Freud tiene como trasfondo la Primera Guerra Mundial; en la obra de Arendt pesa sobremanera la Segunda Guerra Mundial; sobre nuestros días, surge la que hemos dado en llamar la Guerra Global (Galli, 2002). Repasamos a continuación el sentido de este concepto.

¹ GOLDING W., *El Señor de las Moscas*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1984, pp. 228,229.

2.-ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Una leve mirada hacia atrás nos recuerda que la historia de la humanidad está plagada de acciones violentas perpetradas voluntariamente por parte de unos sujetos contra los otros. De estas turbulencias humanas se sigue un sufrimiento intenso, muy prolongado, a veces silencioso, que trastoca la existencia de millones de personas.

La *Iliada* constituye en este sentido, un texto ejemplar. En Homero, la protagonista de la guerra es la muerte, más aún, la muerte violenta que trunca la vida de los jóvenes guerreros anticipando su fin. Los seres humanos somos presentados como *oi brotoi*, los mortales. Ésta es nuestra condición. La diferencia fundamental entre las circunstancias de la existencia cotidiana y las de la guerra está en la alta probabilidad de una muerte imprevista, anticipada que surge del ser matados y no de la edad, la enfermedad, la casualidad o el accidente. Con la precisión de Carl Schmitt, la guerra y sus conceptos –amigo, enemigo, lucha– “adquieren su significado real por el hecho de que se refieren de modo específico a la posibilidad cierta de la eliminación física”.² Abrazándolos con su intensa violencia, la guerra alimenta tanto el terror como el horror.

En Homero, la guerra es un homicidio recíproco, un duelo a gran escala. Los guerreros homéricos son duelistas, asesinos de corto alcance, especialistas del homicidio cercano y a sangre caliente. Llevan espadas y acaban con hombres así armados. Si bien los textos homéricos refieren el horror del saqueo, la toma de Troya, la indefensión de las víctimas caídas bajo el hierro de los aqueos, el perfil del guerrero homérico es un mortal que prevé una violencia recíproca, simétrica, no unilateral que se descarga sobre quién está indefenso. La reciprocidad, que hace de cada uno un cuerpo abierto a la herida del otro, es un principio fundamental de la guerra entendida en el sentido heroico de lucha entre guerreros. Esta regla ciertamente no justifica la masacre ni la confina a la “lealtad” de la batalla pero el terror y el horror se observan en la escena ejemplar de una guerra.

La Primera Guerra Mundial no es una guerra más a ensangrentar el planeta. Esta contienda inaugura el modelo de “guerra total”. El concepto tradicional, e incluso heroico, de duelo a gran escala o de enfrentamiento leal entre soldados uniformados, queda definitivamente descartado. El escenario cambia radicalmente: los soldados son enviados en masa a la carnicería. El terror y el horror en cuanto formas esenciales de la fenomenología de la guerra, los concierne desde entonces mucho más.

Con el segundo conflicto mundial, el cambio afecta especialmente a los civiles por su equiparación a los militares y por la propensión a exterminarlos sin ningún miramiento (Flores, M. 2005). El cómputo global de las víctimas, los civiles aumentan hasta llegar a ser una amplísima mayoría. Potenciada por la aparición de las armas modernas, la destrucción organizada del siglo XX se traslada al inerte. El escenario es un genuino marco horrorista.

El historiador Eric Hobsbawm (2008) nos hace presente la crudeza de los disturbios: durante el último siglo aproximadamente 187 millones de personas han muerto como resultado de conflictos violentos. Estas cifras incluyen las víctimas de las dos Guerras Mundiales así como diversas contiendas coloniales, guerras civiles, genocidios políticos y enfrentamientos religiosos repartidos por muy variados puntos del planeta. En el momento en que escribimos este artículo siguen abiertos los frentes en Iraq, Afganistán, Sudán, Mali, Colombia, la Franja de Gaza y sobre todo la terrible sangría civil de Siria. Las razones de estas disputas son cuestiones ideológicas, territoriales, económicas, identitarias, religiosas muy diversas. Los mencionados son conflictos declarados, manifiestos cuya naturaleza parece situarles unos, en el concepto de guerra regular en alguna de sus modalidades, otros, en los subtipos de guerra irregular. Sin embargo, falta citar otra guerra, sin límite territorial, soterrada pero cierta, el terrorismo. Ésta es la novedad de nuestra época: la guerra ambigua unida a su secuela, la posibilidad de la guerra global.

Las ramificaciones de algunas de las contiendas clásicas, los proyectos de redención religiosa por parte de los grupos islamistas extremos y las estrategias de actuación desarrolladas –guerra

² SCHMITT C., *El concepto de lo político*, Buenos Aires, Folios Ediciones, 1984, p.30.

teledirigida por los ricos, seres bomba por los pobres– dibujan un panorama nada alentador. El escenario del siglo XXI se aleja del descrito por Homero: ¿Quién es el enemigo? ¿Dónde y cuándo surgirá el caos? ¿Esta masacre, por qué a mí ...? El desconcierto.

De acuerdo con los datos del National Counterterrorism Center (NCTC) de los Estados Unidos de América, en el período comprendido entre 2005 y 2008 se produjo en el mundo una media anual de 12.933 atentados terroristas. Los resultados directos de estos ataques representaron 18.406 muertos, 35.338 heridos y 15.141 secuestrados cada año como media. Si bien los atentados se distribuyen de forma irregular en el globo –en el intervalo referido: Oriente Próximo, 46 %, Sudeste Asiático, 30%, Iraq, Afganistán, Paquistán, India, 22%– la realidad terrorista se ha vuelto una preocupante lacra para la ciudadanía universal.

3.- DELIMITANDO EL NUEVO ESCENARIO DE GUERRA.

3.1. La guerra como litigio regular.

Tal como subraya Hillman en su libro “Un terrible amor por la guerra” (2004), tras los eventos del 11 de Septiembre se hace problemática la distinción entre la guerra y el terrorismo; es más, en su opinión, la distinción no encuentra ningún espacio. Por su parte, las Ciencias Políticas sí distinguen diversas formas de violencia. Si bien, en primera instancia se define la violencia como una energía –en parte natural, de difícil control– que revivifica la esfera de lo político mediante guerras y revoluciones, estas ciencias diferencian diversas formas de violencia.

En la época moderna, la distinción se establece entre una violencia regular y una violencia irregular basada en la oposición legal-ilegal en el sentido jurídico del derecho internacional o constitucional. Ligado a la contingencia histórica y a la parábola del Estado soberano, el discurso diferenciador entre guerra y terrorismo se hace con un esquema muy simple. A saber, regular tanto como legítima y legal, resulta la violencia a la que se refiere el modelo clásico de la guerra entre Estados. Irregular y por lo tanto criminal, resulta en cambio la violencia llevada a cabo por actores no estatales. La argumentación fundada en categorías jurídicas, como es típico del pensamiento político moderno, se dirige asimismo a distinguir los modos y los objetivos de la guerra censando sus principios, sus usos y sus reglas. Entre éstas y con especial preeminencia destaca la norma que discrimina a los militares de los civiles, dicho de otro modo, a los combatientes de los no combatientes. Esta distinción, por un lado obvia y tradicional, se hace hoy indispensable ante las vicisitudes del siglo XX: lo que parecía un principio claro, se carga de una sintomática ambigüedad.

En una época en que la mayoría de las víctimas de la violencia –incluidas las guerras regulares– son civiles, se hace muy difícil empeñarse en reconducir la regularidad de la guerra a la demarcación de los combatientes. Evidentemente, es complicado abandonar el punto de vista del guerrero pero los cambios en las circunstancias nos deben llevar a ver los escenarios de la violencia desde los ojos de las víctimas inermes. No es posible mantener y conformarse con esa nueva categoría llamada “los daños colaterales” cuando ellas son las dianas. Bien es verdad que la Cuarta Convención de Ginebra de 1949, junto con todo el derecho internacional que en ésta se inspira, recoge el asesinato de civiles inocentes entre los crímenes de guerra, pero, hoy, el cambio es la utilización de la vulnerabilidad humana propia de una situación bélica o de enfrentamiento político armado de un modo programado, indiscriminado y con el grado más amplio posible de daño.

3.2. El papel social de los combatientes.

Revisada la idea de la guerra como contienda, conflicto ya no ajustado a una sucesión de encuentros en los campos de batallas, el registro y la delimitación del papel social de los combatientes se antoja pertinente. Al general prusiano Clausewitz debemos, según Carl Schmitt, además de enfocar el modelo de guerra regular entre los Estados, el mérito de insertar en la teoría sobre la guerra la anómala figura del combatiente irregular, el partisano en términos schmittianos. El partisano altera el modelo interestatal de la guerra y, en consecuencia de la política. En los años sesenta cuando todavía no se hablaba de mundialización ni, obviamente, de terrorismo global, Schmitt ya alerta sobre la exigencia de buscar un nuevo control político sobre la hostilidad, en una era post-estatal. Siendo consciente del declive del Estado en cuanto forma política tradicional, consigna, además de la mencionada

diferenciación entre violencia regular e irregular, que la nueva delimitación de contextos, plantea la cuestión del enemigo.

Se trata de distinguir “el desplazamiento de una situación que prevé, entre los combatientes uniformados, el recíproco reconocerse como enemigos, y, una situación que prevé, por el contrario, el ataque de combatientes sin uniformes, invisibles en cuanto privados de marcas, porque precisamente la clandestinidad y la oscuridad son sus armas más poderosas”.³ Llamar a estos clandestinos “enemigos” sobre la base de la guerra regular se vuelve impropio; criminalizarlos, forma parte del problema. Schmitt, perspicaz, da formidable cuenta de ello; no lo resuelve.

No obstante, la Teoría del Partisano resulta un texto de máxima utilidad dada la confusión lingüística y conceptual que caracteriza el debate sobre la war on terror. Schmitt traza una distinción fundamental entre dos tipos de partisanos: a) el que tiene un enemigo real y b) el que, en cambio, tiene un enemigo absoluto. El enemigo, categoría central en el modelo clásico de la guerra entre Estados se examina desde la perspectiva del combatiente irregular. El perfil del partisano perceptor de un enemigo real es –según detalla el autor– una figura ligada a la tierra y capaz de moverse con agilidad en ella, es un elemento telúrico con dos subtipos: a.1) aquellos partisanos que combaten contra un ejército invasor u ocupante y a.2) aquellos otros que luchan contra fuerzas gubernamentales hacia las que tienen manifiesta enemistad. Si bien irregular, es sustancialmente un defensor de su patria, un resistente o un insurrecto. Por lo que hace al perfil del partisano con un enemigo absoluto estamos ante un individuo desarraigado de la dimensión “telúrica”, responsable de una lucha que lleva a la revolución mundial porque identifica el enemigo con una clase amplia o cualquier instancia identitaria en general. Desde el punto de vista de la revolución yihadista, la civilización occidental es un ejemplo de clase a batir; desde el punto de vista de ciertos movimientos de extrema derecha, los partidos políticos y organizaciones que promueven la integración de los emigrantes de muy diversas culturas resultan también una muestra de enemigo absoluto. El partisano de enemigo absoluto se define por una “agresividad planetaria”, criminaliza al enemigo y hace todo lo posible por aniquilarlo.

Habiendo contemplado desde los guerrilleros españoles de la etapa napoleónica a los revolucionarios de la China maoísta, Schmitt sugiere que la historia de Occidente ofrece una abundante legitimación de las figuras delineadas, en cualquiera de sus tipos o subtipos. Estas modalidades de partisanos, reconocidos como irregulares desde el criterio de la legalidad militar y estatal en su sentido clásico, “bien el insurrecto, bien el revolucionario internacional han podido sumarse a una autorizada tradición que declara legítimo, quizás ex post-facto, su recurso a la violencia. El problema es, verdaderamente, muy complejo pero las reflexiones de Schmitt consiguen arrojar algo de luz sobre el terrorismo, especialmente, el de matriz islámica. En el plano teórico, el giro decisivo acontece en el siglo XX, cuando el concepto de enemigo absoluto entra definitivamente en el léxico de la violencia. “Introducido por el partisano que ha abandonado su conexión telúrica, esto concierne ya a un tipo de guerra donde el espacio global del combate está caracterizado por instrumentos de destrucción total que exigen un enemigo absoluto, precisamente para no aparecer como inhumanos”.

3.2.1. ¿Guerrero o Terrorista?

En la época de la war on terror, obligados a admitir un problema crucial en la discriminación entre guerra y terrorismo, no podemos por menos que reconocer y registrar la novedad del contexto. Estudiosos de las disciplinas políticas, de los medios de comunicación, de las ciencias sociales y de la salud deben dejar de referirse al modelo clásico de la guerra interestatal cuando las enemistades, el enemigo, los ámbitos de intervención devienen tan ambiguos, tan absolutos y además “se apela a una imposición objetiva de unos valores presuntamente más altos por los cuales ningún precio resulta demasiado elevado”.⁴

De nuevo en un marco teórico en el que se intentara justificar la guerra, incluso esos anómalos conceptos de “guerra preventiva” o de “guerra humanitaria”, el terrorismo difiere sustancialmente de éstas en la medida en que sus actores y sus modos de actuación son incompatibles con los sistemas convencionales de destrucción. El criterio del guerrero dispone de un principio que tiene en cuenta el

³ SCHMITT C., *Teoría del Partisano*, Buenos Aires, Folios Ediciones, 1984, p.141.

⁴ *Ibíd.*, p.188.

estatuto de las víctimas, diferenciándolas en civiles y militares. Conforme a la tradición, el combatiente regular dirige sus armas contra otros combatientes o centros neurálgicos del enemigo, dañando a los civiles estrictamente por error. El terrorista además de no seguir esta regla, apunta a matar a los civiles. Estamos ante una forma criminal de violencia que podría incluso calificarse de doblemente criminal por la falta de reciprocidad en terreno de juego. Si aplicamos la teoría a los acontecimientos, las ambigüedades sobre las partes surgen rápidamente. Ésta es la nueva realidad a retener en la comprensión de la vulnerabilidad de cualquiera de nuestros coetáneos.

Charles Townshend (2002) defendiendo la necesidad de distinguir el terrorismo de la violencia criminal y de la acción militar, advierte que la guerra es batalla, enfrentamiento entre dos fuerzas vivas, mientras que el terrorismo evita afrontar la batalla atacando blancos en los cuales está cohibida, más aún prohibida, la autodefensa. La esencia del terrorismo es el uso de la violencia por parte de gente armada contra gente desarmada dado que y en razón de sus objetivos, las víctimas deben de ser inocentes; en términos prácticos, deben de ser criaturas indefensas. Servirse de la vulnerabilidad del inerme es el criterio que diferencia la guerra del terrorismo. De aquí la necesidad de adaptar el estresor “guerra” en cuanto “cambio mayor colectivo” a los tiempos de la guerra global. Un máximo de identificación en los sucesos precipitantes resta cuotas de labilidad en los aterrorizados.

3.3. El estatuto de la víctima.

La historia de las guerras modernas está llena de estrategias irregulares, propias y verdaderas matanzas de los indefensos además de repletas de estragos a gran escala, hechos justificados en nombre de fines más elevados y más nobles. No hemos previsto revisar en este artículo la llamada “guerra justa”, sino más bien dejar dicho que “la política de atacar a la población civil para inducir al enemigo a rendirse, o para minar su moral, parece haberse convertido en un principio para todo el mundo civilizado en base a la convicción de que hay permiso para matar deliberadamente a los no combatientes -niños, mujeres, ancianos- cuando sea de utilidad”.⁵ En este sentido, cabría mencionar el fulminante efecto de las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki (M. Walzer, 2001) si no fuese tan trágico el ejemplo. El atroz desastre lo que sí atestigua es cuán problemático resulta, desde la óptica del atacante, dar el nombre de terrorismo a este tipo de estrategias de resolución.

Cuando los esfuerzos se dirigen a la distinción del terrorismo de la guerra para criminalizarlo, es la víctima inerme que espera quien tiene la autoridad moral para mantener el nombre. La persona que se siente en la involuntaria posición de esperar eventualmente una agresión es quien debe autorizar la definición de los hechos. Desde su punto de vista, la estrategia que lo golpea no entiende de medios ni fines; se trata de una violencia unilateralmente padecida y en ello se sustancia. La estrategia de los fines pertenece al guerrero o al actor estatal que lo legitima; para la víctima no hay ni medio ni fin, la violencia es el hecho inapelable de la mera destrucción. El inerme es señalado como la víctima ilícita por antonomasia, pero persisten las dudas a la hora de asumirlo como criterio preferente para separar la violencia ilegítima de la legítima.

El criterio del guerrero y el punto de vista de la víctima van mezclados, son una compleja interacción. Aún así, las víctimas saben que en las guerras “normales”, la regularidad de la contienda se establece sobre un desencuentro entre ejércitos, un duelo a gran escala donde la violencia es recíproca. Este constructo se altera cuando el ejercicio de la violencia se destina prioritariamente a seres desamparados, desarmados sin posibilidad de réplica. Se golpea sin previo aviso con una violencia unilateral. Ante este proceder, los afectados hablan de terrorismo.

Sucede ahora que se mata al ciudadano anónimo, al vecino sin calificativos, intercambiable y casual. El individuo corriente que pasa por cualquier lugar sin importar día ni hora. El inerme es un cualquiera en un allí y un momento que se convierte en el mejor de los impactos mediáticos. El desarmado es la figura central del teatro contemporáneo en que se ejercitan los especialistas de la violencia terrorista. Así, en palabras del propio Galli (2002), “el terrorismo es el momento culminante de aquella indistinción entre civiles y militares que ha caracterizado progresivamente el siglo XX”.⁶

⁵ WALZER M., *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Barcelona, Paidós, 2001, p.125.

⁶ GALLI C., *La guerra global*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 64.

Cancelada la división entre espacio civil y espacio militar, la versión de guerra que hoy nos invade representa un salto radical. No se trata de una violencia cuyo fin es matar a un individuo concreto, sino de una violencia sin objetivos específicos cuyas víctimas resultan, justamente casuales. El terrorismo de hoy tiende a masacrar como estrategia exclusiva. En efecto, la suya es una elección estratégica donde el asesinato de unos, de algunos o de una multitud tiene el objetivo preconcebido de producir un efecto aterrador para todos. En la lógica del terror, unos tiemblan y huyen físicamente, aquéllos que se encuentran en el espacio circunscrito de los atentados; son las víctimas primarias. Pero, la onda del terror se hincan en todos aquellos ciudadanos del mundo que huyen y tiemblan en el imaginario de verse entre las próximas víctimas. Saberse una víctima potencial, es formar parte de las víctimas secundarias.

Fantasmal e inaprehensible pero a la vez muy cercano, presente en tiempo real dados nuestros medios de comunicación audiovisuales y cibernéticos, el temor a una muerte violenta existe. Los mecanismos adaptativos del hombre postergan la física del terror, se bloquea la psicofisiología del miedo dejando el devenir a la casualidad imprevisible del tiempo futuro y al dondequiera que sea. El terror de hoy es, “ante todo terror al próximo ataque”.⁷

Frente a la continuidad de la guerra regular, los modos del terrorismo se dilatan en el tiempo; se camuflan en la cotidianidad y otorgan a su insondable intermitencia el poder que tienen sobre las conductas los programas de refuerzo aleatorio: la permanencia. Así, la persistencia del temor, la hipervigilancia se instauran en el perfil de personalidad del ciudadano global. La amenaza y la incertidumbre creadas van horadando el proyecto de Hombre autosuficiente, seguro e independiente de las sociedades occidentales.

Unilaterales, imprevisibles, inaprehensibles, las actuaciones terroristas buscan además la ejemplaridad. El inerte, objeto de destrucción por excelencia, se convierte en la figura de una vulnerabilidad tanto más perfecta cuanto más ejemplar resulte como víctima. En la era de la globalización, esta ejemplaridad adquiere un siniestro alcance universal. Si no para todos, para una buena parte de los habitantes del globo los mecanismos de alerta se mantienen en guardia. Claro está existen matices según las zonas geopolíticas de riesgo y desde luego disponemos de fórmulas de adaptación a la amenaza perpetua del terror, pero ataques como el de las Torres Gemelas y los frustrados a la Casa Blanca y el Pentágono el primero de septiembre de 2011 dejan claro que nada resulta ya intocable.

La víctima potencial es, por lo tanto, un ciudadano cualquiera de no importa qué punto de la Tierra que pierde su singularidad, su unicidad en palabras de Arendt, para saberse diana por formar parte de un llamado enemigo absoluto. Su vulnerabilidad, la habitual en cualquier ser humano que se sabe mortal, aumenta hasta alcanzar la indefensión en razón de los modos y principios de actuación del revolucionario internacional. Como hemos venido diciendo el combatiente irregular de enemigo absoluto prescinde de una demarcación para la guerra: el espacio de combate se hace global, y altera notablemente los modos de destrucción. La nueva escena está desequilibrada por una violencia despiadada, unilateral; no hay simetría, ni paridad, ni reciprocidad. El atacante terrorista está en una posición de omnipotencia que hace de la persona una criatura inerte.

Vulnerable es el ser humano desde que nace en cuanto cuerpo expuesto a la herida. Irremediabilmente entreabierto a la destrucción y a la cura, el vulnerable se entiende a sí mismo en la tensión de esta alternativa. Ahora bien si la vulnerabilidad es un estatuto permanente en el ser humano, hallarse inerte –salvo infancia y casos de vejez extrema– depende de las circunstancias. Vulnerables nacemos, inertes nos hacen. Hoy, los contextos de violencia contemporánea nos llevan a vivir sujetos a la posibilidad de una herida siempre inminente. La víctima adquiere la condición de inerte por encontrarse en una situación de pasividad, indefensión y, por sufrir, bajo el dominio de otro, una violencia a la que no puede escapar ni responder.

Expuesto a una muerte violenta, degradado de singular a casual, éste es el modo de ser endosado a gran parte de los habitantes del planeta al empezar el siglo XXI. ¿Hasta cuándo? De momento, la superposición del *vulnus* y el desamparo favorecen la propensión a serios desequilibrios

⁷ APPADURAI A., *El rechazo de las minorías. Ensayo sobre la geografía de la furia*, Barcelona, Tusquets, 2007, p.117.
R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

psicológicos: depresión mayor, crisis aguda de ansiedad, ataque de pánico, trastornos de estrés posttraumático, consumo de sustancias (M. Tobal, 2005; García-Vera y Sanz, 2010) entre la población general, personal de emergencias y, sobre todo, entre las víctimas y allegados del terrorismo.

4.- LOS CONTEXTOS DE VIOLENCIA TERRORISTA DESDE LA TEORÍA DEL ESTRÉS.

“Cuando ya ha saltado el orden internacional moderno representado por el Estado-nación, el cometido de poner en cuestión el aparato conceptual de la modernidad sobre la guerra y la violencia incumbe, sobre todo, al trabajo de una teoría que se esfuerce por emanciparse del criterio del guerrero”.⁸

4.1.- Naturaleza del estrés.

El estrés es un fenómeno adaptativo de los seres humanos que contribuye, en buena medida, a su supervivencia, a un adecuado rendimiento en sus actividades y a un desempeño eficaz en muchas esferas de la vida. El hombre se desenvuelve en un mundo en que el estrés es del paisaje diario, un acontecimiento común, familiar y hasta necesario. Dicho esto, la experiencia resulta negativa y llega a ser nociva cuando la estimulación se hace excesiva, ambigua, incontrolable... Aparece entonces la naturaleza dual de este fenómeno.

Admitida su ambivalencia, el estrés es entendido como un proceso dinámico, interactivo y reactivo del que se sirve todo individuo para acometer las exigencias y eventualidades deparadas por su medio (Endler & Magnusson, 1990; Edwards & Cooper, 1988; Lazarus & Folkman, 1986; Mischel, 1979). Conviene diferenciar en él a) los acontecimientos desencadenantes, llamados estresores, b) los procesos mediadores y c) las respuestas y consecuencias derivadas de los sucesos (Morejón, 2008). De aquí que el estrés sea una transacción psicosocial intervenida por cuantas circunstancias ideológicas, económicas y socio-políticas compongan el momento histórico en que se produce. Se trata de un procedimiento adaptativo especialmente permeable a los cambios de los escenarios, contextos y ambientes (Martín-Baró, 2003).

En el artículo que desarrollamos, el acercamiento al sufrimiento colectivo derivado de la nueva violencia contemporánea se aborda describiendo los estresores. Desde nuestro punto de vista, el concepto “guerra global o absoluta” representa una inflexión de tal magnitud en la concepción de un evento estresante que precisa de una clara definición para su control y su posterior uso en relación a los subprocesos de estrés dañino.

En concreto, una lectura actualizada del estresor –“terrorismo global”– debe atender, en primer término, a sus propiedades objetivas: 1) aversión (intensidad, novedad y complejidad), 2) la duración, 3) el contenido y 4) la multiplicidad con que actúa sobre un ser vivo. A las características formales deben añadirse las apreciaciones subjetivas del perceptor. Son éstas las que demarcan los niveles de vulnerabilidad entre los afectados y las diferencias en los tipos de respuestas al trauma. Tendremos presente pues 1) el tipo y la cantidad de ajuste que requiera la nueva situación, 2) la percepción de control sobre la misma, 3) su grado de predicción y 4) el valor o significado que el evento tiene para la persona que lo vive. Llegamos a una situación de estrés negativo cuando los estímulos exigen unos esfuerzos de adaptación que superan al organismo. Las posibilidades de dominación activa que un individuo puede aplicar contra los sucesos definen complementariamente el grado y la dimensión en los que un determinado desencadenante de estrés resulta nocivo representando un peligro para él. Éste es el caso que nos ocupa.

“El artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos y Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes entró en vigor en 1987. Para poder aplicar este artículo, los médicos y demás personal sociosanitario deben ser capaces de identificar a las personas que han sido

⁸ MARRAMA G., *Pasaje a Occidente: Filosofía y Globalización*, Buenos Aires, Katz, 2006, p.47.
R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

sometidas a tortura. Por lo tanto, deben tener el conocimiento de los métodos de tortura, su objeto, la manera según se lleva a cabo y la secuelas tanto físicas como psicológicas”.⁹

⁹ BÖJHOLM S., “La experiencia internacional del IRCT en el trabajo con víctimas de tortura”, en PÉREZ-SALES P. (Ed.), *Actuaciones psicosociales en guerra y violencia política*, Madrid, Exlibris, 1999, p. 163.
R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

4.2. El terrorismo como “desastre antropogénico”.

La renovada configuración de los escenarios de guerra exige el reconocimiento específico de sus estresores. En tanto en cuanto los ataques terroristas sean acontecimientos inductores del temor y el desconcierto, de la zozobra y los ataques de pánico, de las crisis agudas de ansiedad y de los síndromes de estrés postraumáticos que vienen aumentando en las tres últimas décadas (Faúndez, 2010; Calderoni, 2006; Hoven, 2005; Pérez-Sales, 1999; Martín-Baró, 2003) nos detendremos en su identificación. El conocimiento de los desencadenantes posibilita la actuación sobre los dañados.

Atendiendo a cualquiera de las escalas de Sucesos Vitales en curso (Sandín & Chorot, 1995; Weiss, 1996), los ataques como el del 19 de abril de 1995 en Oklahoma, los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington D.C., los ataques en el metro de Londres, el de Madrid o Moscú, la escuela de Beslán en Osetia del Norte el 1 de septiembre de 2004, se consideran “cambios mayores colectivos” o un “desastre antropogénico” en clara oposición a los desastres naturales nunca programados por el hombre.

4.2.1.- Características formales del estresor “terrorismo global”.

Desde el punto de vista objetivo, los fenómenos que abordamos son estresores de rango universal; son acontecimientos externos súbitos y extraordinarios que afectan a veces a una gran cantidad de personas, en otras ocasiones, a grupos más reducidos exigiendo de todas ellas un enorme esfuerzo readaptativo. Estos sucesos se sitúan fuera de cualquier tipo de control: hablamos de eventos inabordables para un individuo o una pequeña comunidad por intensos y casuales. Unidireccionales, apabullantes, imprevisibles, ilógicos destruyen los marcos de referencia, las redes sociales, generando un nuevo estado de cosas física, interpersonal e individual al que es imprescindible acomodarse. Sin embargo, la magnitud aversiva de los actuales ataques terroristas complica la cura. La herida permanece abierta: “las personas afectadas por el terrorismo no conseguirán recuperarse normalmente, un porcentaje importante tanto de víctimas directas como indirectas necesitarán atención psicológica a corto, medio y largo plazo por la presencia de depresión mayor, trastorno por pánico, agorafobia o trastorno de ansiedad generalizada”.¹⁰

Formalmente, la repulsión, la animadversión ante un acontecimiento cualquiera se crea de acuerdo a la novedad, la intensidad y la complejidad del daño ocasionado. Es tal el volumen y la profundidad de la destrucción terrorista que sus perjuicios ascienden a la categoría de horror. Físicamente, nos hallamos ante una masacre o una matanza de civiles, detalle éste que habla a las claras de la complejidad del estresor. La novedad se sitúa en la modalidad de que un cuerpo se hace explotar para lacerar otros cuerpos. Por si pudiésemos acostumbrarnos a tanta repugnancia, se inserta la intensidad: los cuerpos femeninos, embarazados incluso, y los de los deficientes mentales.

Entre las muchas historias que se pueden referir sobre el horror resultan verdaderamente impactantes las de las bombas humanas. Entre ellas el relato de Bárbara Victor (2004) nos habla de “dos chicas de dieciséis años: la palestina Ayat al-Akhras, la israelí, Rachel Levy, nacida en California. Las dos son morenas con largas melenas negras. Cuando entran juntas, aunque desconocidas entre sí, en el supermercado Supersol en la periferia de Jerusalén, el 29 de marzo de 2002, algunos las toman por hermanas. Ayat lleva encima un cinturón explosivo, reforzado por clavos y bolas de acero para reforzar su potencial destructivo. Importunada por el vigilante que quiere registrarla, lo hace detonar en la misma puerta de entrada. El efecto es descomunal; hay muchos heridos pero los noticieros subrayan que por fortuna el número de muertos es limitado. Los primeros reconocimientos hablan de dos víctimas: la misma Ayat y el guarda de seguridad, un hombre de cincuenta y cinco años. En realidad, entre los restos entre los muertos está también Rachel, pero los pedazos de los cuerpos en los suelos y la semejanza de las dos muchachas llevan a los investigadores a pensar que los restos femeninos pertenecen todos al cuerpo de Ayat. A ella se le adjudica el pedazo menos dañado: una cabeza cortada con bello rostro y larga melena negra. Mirando la televisión será la madre de Rachel quien reconozca en

¹⁰ GARCÍA-VERA M.P. y SANZ J., “Trastornos depresivos y de ansiedad tras atentados terroristas: una revisión de la literatura empírica” en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 10, 2010, p. 143.
R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013

el despojo sangrante la cara de su hija: “Su rostro era bello; no tenía un rasguño. Solamente era su cuerpo lo que se había destruido”.¹¹

En cuanto a la duración de las incursiones terroristas en el nuevo marco de la guerra global diremos que estamos frente a 1) cambios repentinos y bruscos, de corta presencia temporal pero de muy intenso y potente impacto y 2) ante cambios más prolongados: la cronificación de la incertidumbre a largo plazo. La fuerza perturbadora de esta gama de acontecimientos es indiferente al número de personas afectadas. El presente es la creación de un clima psicosocial de indefensión sin fecha de caducidad.

El contenido de estos sucesos se ha descrito ampliamente en la revisión de la guerra en los epígrafes precedentes. Solamente añadiremos que desde la Teoría del Estrés (Selye, 1956; Holmes, 1967; Barret, 1979; Saranson, Jonhson & Siegel, 1978; Sandín & Chorot, 1987; De Longis, 1988) los desastres y las catástrofes colectivas producidas por el hombre con intencionalidad –guerras, encarcelamientos, torturas, genocidios, migraciones forzosas, explosiones públicas de coches-bomba, mujeres-bomba, secuestros y violaciones grupales– se encuadran en los llamados desastres antropogénicos. Se trata de cambios mayores colectivos, estresores muy negativos, incontables si bien potencialmente manejables que requieren un ajuste muy profundo con previsible alto riesgo para la salud cuando no para la aceptación de la permanencia en vida.

Volviendo al punto de partida de este epígrafe: ¿por qué es tan necesario precisar formalmente las propiedades específicas de estos sucesos?

El Dr. Wesaeth (1992) viene exponiendo tres aspectos a tener en cuenta: a) el hecho de declarar un evento vital como “desastre” va a influir, además de en otras cosas, en la cantidad de ayuda a ofrecer; b) el concepto de “desastre” tiene importantes connotaciones emocionales, políticas y económicas que influyen en las propias víctimas y el público en general y c) la pura magnitud de un desastre, sus proporciones y envergadura en contraste con otros sucesos serios y traumáticos, crea una gama tal de necesidades que supera los recursos de toda índole disponibles.

Estas últimas consideraciones insisten en destacar la relevancia de la severidad de los cambios mayores colectivos al exceder con mucho la capacidad de enfrentamiento de la comunidad alterada, así como, la naturaleza y cuantía de los recursos jurídicos, políticos, económicos, culturales y psicosociales de la sociedad agredida. Nombrar el acontecimiento en sus justos términos es acercarse al riesgo dañino del estresor; identificar sus propiedades y sus circunstancias es saber si éstas pueden funcionar como amortiguadores o como acicates potenciadores de sus efectos perniciosos.

4.2.2.- Características subjetivas del estresor “terrorismo global”.

Atendiendo ahora a las dimensiones subjetivas que definen las implicaciones de una persona, grupo o colectivo humano ante un desastre, advertimos algunos cambios en la percepción de los actuales escenarios de violencia.

Las víctimas potenciales de un episodio de guerra global se han visto obligadas a transformar sus concepciones sobre el control del yo, sobre el control del destino, de la autonomía y de la vulnerabilidad. Los proyectos de vida del ciudadano medio universal ya no dependen tanto de sí mismo. La idea del yo autosuficiente de la Modernidad se ha visto resentida. La propia idea de resistencia y de manejo de los acontecimientos externos se ha hecho prudente. El Hombre intocable se desvanece, surge la identidad del inerme. El necesario reajuste apunta a que somos más frágiles y todos somos más dependientes los unos de los otros. No podemos seguir pensando en el Hombre sino en la Pluralidad Humana.

“La herida abierta con la caída de las Torres Gemelas –y percibida como un trauma por un país que se consideraba invulnerable– deja atrás tanta atención a lo personal, desplaza las preocupaciones narcisistas, reconsidera la libertad individual, la facilitada por la noción filosófica de un sujeto

¹¹ VICTOR B., “Army of Roses”, Londres, Robinson, 2004 pp. 222-223, en CAVARERO A., *Horrorismo. Nombrando la violencia contemporánea*, Barcelona, Anthropos, 2009, pp. 168-169.

autónomo y soberano que, como el Estado que le corresponde, se concibe cerrado y autosuficiente. La mirada bascula hacia las heridas propia y del otro a fin de reconocer la común condición de vulnerabilidad”.¹²

La percepción de control ante el revolucionario internacional de “enemigo absoluto” resulta muy difícil, especialmente ante la ambigüedad e imprevisibilidad de cualquier agresión. ¿Quién es o puede ser un atacante? ¿Cuándo y de dónde puede surgir? ¿Qué medidas tomar, qué estrategias preparar si desconocemos las fuentes del asalto? Los nuevos contextos de violencia carecen de reciprocidad. El anonimato del agresor torna difusos los límites de la batalla; en esa medida, se hacen inaprehensibles y lo que es peor la contienda es unilateral. Las transacciones entre los transgresores y las víctimas son turbulencias difusas. Estamos ante indefiniciones que representan una pérdida de control para el afectado ocasionándole al mismo tiempo un aumento de su propia vigilancia. La intensidad, dureza, complejidad y expansión de los ataques terroristas dislocan las estrategias de enfrentamiento individuales, en especial, las dirigidas al asunto. ¿Qué clase de control podremos ejercer sobre una agresión que nos elige por “casuales” e “inespecíficos”?

El grado de predicción, el cálculo aproximativo de posibles reactivaciones de la violencia total con vistas a tomar nuestras decisiones de salvaguardia, es aún más dificultoso. ¿Qué claves geopolíticas podemos emplear para anticipar un atentado o la inmoción de un shahid? ¿A qué vertiente o momento histórico, cultural, económico dirigirse para prevenir una conmemoración, suspenderla incluso? La imprevisibilidad de las formas de violencia contemporánea anula la predicción como amortiguador de los efectos nocivos de un desastre terrorista. El efecto sorpresa, la intermitencia de los ataques, las conexiones ocultas y la intervención casual son piezas premeditadas, convenientemente administradas, para ampliar el impacto indiscriminado de la belicosidad absoluta. Sostienen la estrategia del miedo entorpeciendo desde este flanco los procesos de raciocinio necesarios a toda previsión personal o de pequeño grupo.

El significado del evento para el perceptor es una nebulosa incomprensible por extraña, en cuanto omnimoda, externa, lejana y ajena a su cotidianidad. ¿Qué sabían los escolares de Beslán en su primer día de colegio del independentismo checheno? ¿Qué sentido otorgaron a sus compras los clientes de Hipercor en la Barcelona de 1987? La valoración personal de desastres aciagos como los mencionados es tan variopinta, insospechada, múltiple e inimaginable como incalculables e inabordables pueden resultar a un ciudadano corriente los nexos establecidos por los guerreros anónimos en la elección de una diana. La conexión Londres, Nueva York, Madrid y Acuerdo de las Azores se entiende “a posteriori”, una vez los hechos consumados. El contenido objetivo de un desastre criminal programado es el de una tragedia ante la matanza de seres indefensos; las interpretaciones otorgadas por parte de las víctimas -sean éstas directas o indirectas- están en relación a la historia de vida de cada afectado, a las biografías únicas de cada individuo y a las posibilidades de reequilibrio de su personalidad. No obstante, en el caso de los ataques terroristas, globales o cercanos, priman los caracteres objetivos sobre las evaluaciones idiosincráticas. Éstas cobran su relevancia en la cura, en el diseño de las estrategias de recuperación.

El tipo y la cantidad de ajuste requeridos ante la crisis derivada de un cambio mayor colectivo, como es el terrorismo, está en función del tipo de pérdidas y de daños recibidos comparados con los recursos de todo orden de que se dispone de modo efectivo. Cuando el desastre es causado por seres humanos intencionalmente, se produce una grave pérdida de confianza y de credibilidad hacia el género humano, hacia los diversos agentes sociales fuentes de apoyo y socorro. Crece la desconfianza y el temor hacia el público en general generándose una incertidumbre que se mantiene a largo plazo.

La ansiedad, las fobias referidas al episodio violento, la culpa respecto a los muertos, los sentimientos de pérdida y de humillación ante la transgresión son algunos de los síntomas que se plasman en las reacciones agudas de estrés, los ataques de pánico, las depresiones mayores, los síndromes de estrés postraumático que sobrevienen a los afectados. La salud física, psíquica y social previa de cada persona junto a sus recursos económicos, informativos, instrumentales y comunitarios interviene decisivamente en la evolución de los efectos del desastre violento global. No obstante, la perplejidad, la vacilación y los sentimientos de indefensión son tan poderosos que se cronifican en una

¹² BUTLER J., *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Buenos Aires, Paidós, 2006, p. 57.

permanente inquietud y desazón nunca gratas. El miedo, el ataque de pánico se convierten en trastorno de pánico.

Un año después del atentado de 11 de marzo de 2004 en Madrid, la evaluación de una muestra de 120 personas, víctimas y allegados del ataque criminal, prueba que un 48,6% tiene depresión mayor, un 54,5%, trastorno de estrés postraumático, un 59,1 %, ataques de pánico y un 48,8 % han transformado este pánico en estable, trastorno de pánico (Miguel-Tobal, 2005).

5.- CONCLUSIONES.

El artículo “La vulnerabilidad del inerme” pone de manifiesto los marcadores del fenómeno Guerra Global y su actual materialización, el terrorismo internacional.

La lectura de los contextos de guerra en las primeras décadas del siglo XXI nos permite constatar que, al margen de las contiendas convencionales circunscritas a emplazamientos localizables, la división entre el espacio civil y el espacio militar ha desaparecido. Se cancela esta demarcación y con ella, los objetivos, los principios, las reglas y los modos regulares de los duelos violentos entre los humanos. Aparece una subclase de guerra: el terrorismo.

La particular ubicuidad de esta violencia contemporánea cambia todos los elementos de la guerra. Se crea un “enemigo absoluto” para justificar un “conflicto absoluto” y sus impensables modos de destrucción. De acuerdo con éstos, el guerrero se convierte en alguien clandestino -difuminado en un paisaje que no es el suyo porque se rompe la conexión telúrica del combatiente- que ataca a los peones del “enemigo absoluto” buscando el máximo de aniquilamiento y de repercusión mediática.

La finalidad es sembrar el terror. El pánico, la muerte en las víctimas directas; el miedo en las víctimas secundarias, terciarias... La ejemplaridad de los ataques se transmite en tiempo real a todos los rincones del planeta. Las estrategias funcionan. Bordan sus objetivos cuando las armas son tan sofisticadas como los cuerpos bombas de un muchacho o de una mujer.

Las propiedades del litigio y los perfiles de los guerreros, terroristas, generan un clima de desasosiego relativamente permanente en la sociedad global. Se resquebraja la idea de Hombre autosuficiente imperante en la cultura occidental. Vivir sabiéndose víctima casual, inespecífica, dependiente de la zona geopolítica o de la conveniencia imprevisible del momento, genera una doble capa de vulnerabilidad. A la naturaleza herible de todo ser humano mortal se superponen unas condiciones de violencia que convierten al individuo en indefenso. Siendo los civiles los objetivos prioritarios de un desencuentro tan complejo como difuso, el ciudadano medio universal se vuelve inerme. La existencia cotidiana puede ser un campo de batalla en cualquier instante de acuerdo a las decisiones y los modos de actuación de los revolucionarios internacionales.

La categoría de “enemigo” adquiere un cariz cuanto menos curioso. Se trata de cualquier civil desarmado y sin conciencia de participar en alguna lucha. Con el mismo grado de desconocimiento, el ciudadano corriente, anónimo, intercambiable, de algún punto del orbe pasa a ser víctima potencial. Este plano de indefinición afecta finalmente a los mecanismos adaptativos propios de un proceso de estrés. De entre todos los posibles desencadenantes de una situación de crisis, los sucesos amenazantes, ambiguos, inciertos son los más peligrosos y dañinos para la salud y el bienestar individual y social. Este tipo de eventos anula la efectividad de las estrategias de enfrentamiento disparando los sistemas de alarma del organismo y trastocando su equilibrio general al prolongarse necesariamente en el tiempo. Estas circunstancias componen el estilo de vida endosado por el terrorismo a muchos de los habitantes de la Tierra. De aquí nuestro interés por censar al terrorismo global como estresor nocivo en la categoría de desastre antropogénico.

Los vuelcos en el nuevo orden mundial han modificado las relaciones con nosotros mismos y con los demás. Nos sabemos más frágiles y dependientes. Las dimensiones de control de los crímenes terroristas no quedan al alcance de las pequeñas comunidades. Identificar estas realidades de manera pormenorizada, como este artículo ha pretendido, es el inicio de un plan de prevención. Ahora bien, la regulación de los escenarios del terror y de las condiciones de vida sometidas al temor trasciende con mucho las aportaciones de la Psicología. La imagen de la caracola de Golding, en “El Señor de las

Moscas” es el nuevo orden post-estatal a construir. Obligados a pensar y sentir más que nunca como colectividad humana total, no cabe desfallecer en la búsqueda de soluciones creativas que excluyan la violencia.

“En unos ensayos escritos después del 11 de Septiembre de 2001, Judith Butler analiza las condiciones de creciente vulnerabilidad y agresión que siguieron a los acontecimientos. Subrayando la sorpresa de un país que se consideraba inatacable, y condenando una reacción que multiplica la violencia con la guerra y la destrucción, Butler se pregunta por la posibilidad de encontrar las bases para una comunidad a partir de la condición de vulnerabilidad. Su planteamiento es que la vulnerabilidad misma, entendida en términos físicos y corpóreos, configura una condición humana donde lo que cuenta es la relación con el otro. La tesis butleriana deja pasar a un primer plano una ontología del vínculo y de la dependencia. Tal es ahora nuestro sistema relacional. En este nuevo contexto reconocernos vulnerables equivale a recuperar una responsabilidad colectiva por las vidas físicas de los otros.

Nunca en la conceptualización de los fenómenos de estrés, el *vulnus* había adquirido semejante relevancia. En el momento histórico que Butler plantea estas reflexiones se redimensiona al conocido como sujeto, también denominado “individuo” que se sostiene a sí mismo, que busca reconstituir su totalidad imaginaria, pero sólo al precio de negar su propia vulnerabilidad, su dependencia, su exposición a los avatares, a los demás. Para entender las bases de una respuesta no violenta a una agresión, la ontología individualista moderna, que no admite la dependencia y la relación, tiene, en consecuencia que ser rechazada radicalmente”¹³.

6.- REFERENCIAS.

ÁLVAREZ B., *Memoria del Infierno*, Barcelona, Edebé, 2008.

APPADURAI A., *El rechazo de las minorías. Ensayo sobre la geografía de la furia*, Barcelona, Tusquets, 2007.

ARENDT H., *La condición humana*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2005.

ARENDT H., *Eichman en Jerusalem. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen, 1999.

BACA E. & CABANAS M. (Eds), *Las víctimas de la violencia. Estudio psicopatológico*. Madrid, Triacastela, 2003.

BOBES A., BOUSOÑO, A., CALCEDO, A. & GONZÁLEZ M^a. P., *Trastorno de estrés postraumático*, Barcelona, Masson, 2000.

BUTLER J. *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Buenos Aires, Paidós, 2006.

CALDERONI M., ALDERMAN E., SILVER E., BAUMAN L., “The mental health impact of 9/11 on inner-city high school student 20 miles north of Ground Zero”, en LAVIKAINEN J., FRYERS T. & LETHINEN V. (Eds.), *Improving Mental Health Information in Europe*, Helsinki, Stakes Journal Adolescent Health, 2006, pp. 57-65.

CAVARERO A., *Horrorismo. Nombrando la violencia contemporánea*, Barcelona, Anthropos, 2009.

CORTE DE LA I., *La lógica del terrorismo*, Barcelona, Ariel, 2006.

ECHEBURÚA E., *Superar el trauma*, Madrid, Pirámide, 2004.

ELSTER J., *Psicología Política*, Barcelona, Gedisa, 1994.

¹³ CAVARERO A., *Horrorismo. Nombrando la violencia contemporánea*, Barcelona, Anthropos, 2009, pp. 44-45.

- FAÚNDEZ X. y CORNEJO M., “Aproximaciones al estudio de la Transmisión Transgeneracional del Trauma Psicosocial”, *Revista de Psicología*, Vol. 19, núm. 2, 2010, pp. 31-54.
- FLORES M., *Tutta la violenza di un secolo*, Milán, Freltrielli, 2005.
- GALLI C., *La guerra global*. Roma-Bari, Laterza, 2002.
- GARCÍA-VERA M.P. y SANZ J., “Trastornos depresivos y de ansiedad tras atentados terroristas: una revisión de la literatura empírica” en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 10, 2010, pp.129-148.
- GOLDERG J. *La Universidad del Fanatismo*, Madrid, El País, 2001.
- GOLDIN W., *El Señor de las Moscas*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1984.
- HILLMAN J., *Un terrible amor por la guerra*, Milán, Adelphi, 2005.
- HOBBSAWM E., *Decadencia y fracaso de las vanguardias del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 2006.
- HOBBSAWM E., *Globalisation, Democracy and Terrorism*, Londres, Abacus, 2008.
- HOVEN C., DUARTE C., LUCAS C., WU P. et al., “Psychopathology among New York city public school children 6 months after September11”, *Archive General Psychiatry*, núm. 62 (5), 2005, pp 545-552.
- HUYSEN A., *En busca de futuro perdido: Cultura y memoria en tiempos de globalización*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- LORAUX N., *Madres en Duelo*, Madrid, Abada Editores, 2004.
- MACINTYRE A., *Animales racionales y dependientes*, Barcelona, Paidós Básica, 2001.
- MARRAMAIO G., *Pasaje a Occidente: Filosofía y Globalización*, Buenos Aires, Katz, 2006.
- MARTÍN BARÓ I., *Poder, ideología y violencia*, Madrid, Trotta, 2003.
- MIGUEL-TOBAL J.J., GONZÁLEZ H. y LÓPEZ ORTEGA E., “Estrés postraumático: Conceptualización, evaluación y tratamiento” en E.G. FERNÁNDEZ ABASCAL y M.P. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Eds), *Control del Estrés*, Madrid, UNED Ediciones, 2002.
- MONTERO GÓMEZ A., *Shahid, o la programación de un suicida*, Bilbao, El Correo, 2001.
- MOREJÓN SABIO R. *Estrés y Adaptación Universitaria: Procesos Psicológicos Mediadores*, Michigan, UMI ProQuest Company, 2008.
- NATIONAL COUNTERTERRORISM CENTER, *NCTC 2008 Report on Terrorismo*. Consultado el 19 de marzo de 2013 en la página web del FBI: <http://www.fbi.gov/stats-services/publications>
- NICOLÁS DE L. *Intervención Psicológica en Situaciones de Emergencia y Desastres*, Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2000.
- PÉREZ ÁLVAREZ M., *Las Raíces de la Psicopatología Moderna*, Madrid, Pirámide, 2012.
- PÉREZ-SALES P. (Ed.), *Actuaciones psicosociales en guerra y violencia política*. Madrid, Exlibris, 1999.
- PRIMO LEVI, *Si esto es un hombre*, Barcelona, El Aleph Editores, 2007.

- SANDÍN B., *Escala de sucesos vitales revisada*, Madrid, UNED, 1991.
- SANDÍN B. y CHOROT P., *Psicología patológica. Addenda*, Madrid, UNED, 1995.
- SCHLENGER W., CADDELL J., EBERT L. et al., "Psychological reactions to terrorist attacks: findings from the National Study of Americans Reactions to September 11" en JAMA núm. 7 (288(5)), 2002, pp. 581-563.
- SCHMITT C., *El concepto de lo político*, Buenos Aires, Folios Ediciones, 1984.
- SCHMITT C., *Teoría del Partisano*, Buenos Aires, Folios Ediciones, 1984.
- SHOEB M., WEINSTEIN H., MOLLICA R., "The Harvard trauma questionnaire: adapting a cross-cultural instrument for measuring torture, trauma and posttraumatic stress disorder in Iraqi refugees", en *Journal Social Psychiatry*, núm. 53 (5), 2007, pp. 447-463.
- TODOROV, T., *Memoria del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX*. Barcelona, Península, 2002.
- TOWNSHEND C., *Terrorism. A very short introduction*, Oxford, U.P., 2002.
- TRUJILLO M., *Psicología para después de una crisis*, Madrid, Santillana Ediciones, 2002.
- VICTOR B., *Army of Roses*, Londres, Robinson, 2004.
- WALZER M., *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Barcelona, Paidós, 2001.
- WALZER M., *Reflexiones sobre la Guerra*, Barcelona, Paidós, 2004.
- WEISEATH L., "Disasters: Psychological and Psychiatric Aspects" en S. BREZNIITZ S & L. GOLDBERGER (Eds), *Handbook of Stress: theoretical and clinical aspects*, USA, Greenwood Press, 1992.
- WEISS, D.S. & MARMAR, C.R., "The impact of event scales-revised", en J. WILSON & T.M. KEANE (Eds) *Assessing psychological trauma and PTSD*, New York, Guilford Press, 1996.

**EL CAPITAL INTELECTUAL:
FUENTE DE VENTAJA COMPETITIVA PARA LAS EMPRESAS**

Leire Alcañiz Gonzalez
*Profesora de contabilidad en Deusto Business School
Dra en Administración y Dirección de Empresas*

Fernando Gómez-Bezares
*Catedrático de finanzas en Deusto Business School.
Dr. en Ciencias Económicas y Empresariales*

Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 18 de febrero de 2013

Fecha de aceptación: 18 de marzo de 2013

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2.- LAS RAZONES QUE SUSCITAN EL INTERÉS EN EL CAPITAL INTELECTUAL. 3.- CÓMO INFORMAR DEL CAPITAL INTELECTUAL DE LAS EMPRESAS. 4.- DIFICULTADES EN TORNO AL CAPITAL INTELECTUAL. 5.- CONCLUSIONES. 6.- BIBLIOGRAFIA

RESUMEN: El capital intelectual va adquiriendo importancia creciente en las empresas, especialmente en el mundo desarrollado. De hecho se ha convertido en la principal fuente de ventaja competitiva de muchas compañías. Esto hace que su estudio y análisis sea del máximo interés tanto para gestores de empresas como para académicos, y tenga relevancia tanto desde la perspectiva de la empresa como al hablar de la economía de una región o país. Por todo ello es preciso tener información sobre el capital intelectual, tanto contable como extracontable, y aprender a gestionarlo adecuadamente.

ABSTRACT: Intellectual capital (IC) is increasingly important in companies, especially in the developed regions. In fact, it is the main source of competitive advantage of many firms. That is why it is of great interest to study and analyse IC for both firm managers and academicians, and it is relevant from the company's perspective and when we talk about the economy of a region or country. According to these reasons, it is necessary to get accounting and non-accounting information about intellectual capital, and to learn how to manage it correctly.

PALABRAS CLAVE: Capital intelectual, información contable, información extracontable.

KEYWORDS: Intellectual capital, accounting information, non-accounting information.

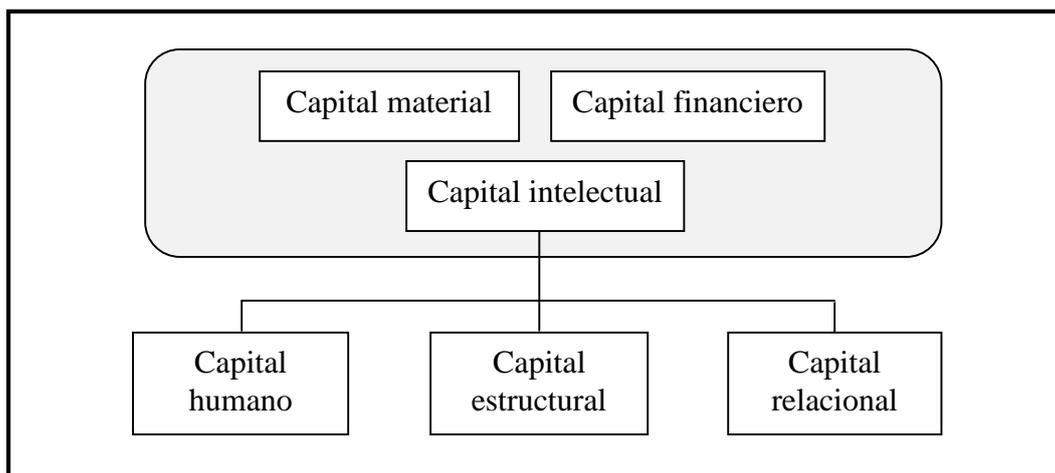
1. INTRODUCCIÓN

Así como la industrialización supuso una revolución en la forma de entender la economía, el capital intelectual ha supuesto un nuevo cambio de enfoque en las empresas. Parece claro que las economías desarrolladas han pasado de basarse en industrias intensivas en capital a terciarizarse, es decir, a que en ellas imperen las empresas de servicios y las empresas intensivas en conocimiento. Para este tipo de compañías lo importante no es tener más activos materiales, ni se diferencian en función de sus recursos financieros, sino que es el capital intelectual, sus recursos intangibles, los que les proporcionan diferenciación frente a sus rivales.

Al hablar de capital intelectual nos estamos refiriendo a “los conocimientos, experiencia aplicada, tecnología organizacional, relaciones con los clientes y habilidades profesionales que proveen a la compañía de ventaja competitiva en el mercado” como lo definen Edvinsson y Malone (1997). Por tanto, nos encontramos ante un concepto que es de gran interés para la empresa y para el resto de los partícipes sociales, pues es la moderna fuente de ventaja competitiva que da lugar a la generación de valor.

Como ya se intuye a la vista de la definición propuesta, el capital intelectual se puede dividir en tres grandes apartados: el capital humano, el capital estructural y el capital relacional. El primero de ellos hace referencia a las distintas capacidades, aptitudes o experiencias que son intrínsecas a los trabajadores de una empresa de forma individual y que, por tanto, seguirán poseyendo independientemente del lugar en el que trabajen. El capital estructural recoge aquellos elementos de la experiencia previa de la empresa que perduran y se mantienen en la misma y que tienen que ver no con los empleados de forma individual, sino colectivamente, como por ejemplo: la estructura organizacional, la cultura, la propiedad intelectual, el know-how, etc. Y, finalmente, el capital relacional se basa en las relaciones de la empresa con el resto de partícipes sociales y que pueden materializarse en la marca, el poder comercial, las actividades medioambientales, la relación con el gobierno o los proveedores, entre otros.

En la figura 1 podemos observar dónde se encuentra el capital intelectual entre los recursos de la empresa y su división.



Fuente: Basado en Marr (2005), p. 32.

Figura 1 – Posición del capital intelectual dentro de los recursos de la empresa

2.- LAS RAZONES QUE SUSCITAN EL INTERÉS EN EL CAPITAL INTELECTUAL

Los distintos partícipes sociales pueden estar interesados en conocer cuál es el capital intelectual (CI) de una empresa. Puede haber un interés tanto desde el interior de la empresa como desde el exterior. Y además será distinto en función del área desde el que se estudie (véase figura 2). Para conocerlo y poder informar sobre este tipo de capital es necesario crear algún tipo de método de medición, que puede ser tanto cualitativo como cuantitativo.

Desde una perspectiva interna, tener información sobre CI ayuda a los gestores a poder monitorizar su progreso y crear nuevas estrategias, ya que sin emplear ninguna forma de medición, no se puede llevar a cabo la gestión. A su vez, como ya se ha mostrado en la división realizada anteriormente, el capital humano es una parte fundamental, por lo que los propios empleados de la empresa se darán cuenta de la importancia que tienen para la compañía dentro del proceso de generación de valor, lo que puede suponer una fuente de motivación para ellos, así como verse beneficiados por las estrategias de formación y desarrollo que lleve a cabo la empresa gracias a la información obtenida. Por otro lado, desde una perspectiva externa, el informe sobre capital intelectual puede ayudar a los partícipes sociales externos (p.ej.: futuros inversores, proveedores, clientes, organismos públicos, ...) a tomar mejores decisiones con respecto a la empresa, a valorarla correctamente y a hacer mejores y más fiables previsiones sobre el futuro de la misma (Guthrie et al., 2007; Andriessen, 2004).

Perspectiva	Área		Razones del interés en el CI
Externa	E	Economía	Ventaja competitiva
	S	Finanzas	Creación de valor
	T		Eficiencia del mercado de capitales
Interna	R	Finanzas	Asignación del capital
	A		Obtención de capital
	T		Simetría informativa
	E	Gestión	Conocimiento de los recursos
	G		Gestión de los recursos
I A	Inversión adecuada en capital intelectual		

Fuente: Basado en Alcañiz (2012), p.46.

Figura 2 – Razones por las cuales el capital intelectual es un factor de importancia

Ya hemos visto que es interesante conocer este tipo de recursos tanto desde una perspectiva interna como externa, pero ¿cómo afecta el capital intelectual a las distintas áreas?

Desde un punto de vista macroeconómico, países como los de Europa Occidental y Estados Unidos consiguieron su ventaja competitiva gracias a su sector productivo; sin

embargo, actualmente la industria intensiva en capital se ha trasladado hacia los países orientales, como China o India, los países de Europa del Este o los Iberoamericanos. Los primeros tienen dificultades para competir en este tipo de industria por tener unos costes mayores, lo que hace que tiendan a especializarse en otro tipo de industrias o partes de procesos que no sean fácilmente imitables, o que supongan la aplicación de conocimientos de los que carezcan los nuevos países industriales, normalmente menos desarrollados. Esto proporciona a los estados occidentales ventaja competitiva en el mercado global. Tener una visión macroeconómica del capital intelectual es de interés para el sector público, puesto que hay que aprovechar en todo momento el capital intelectual que poseen las regiones y considerar los gastos en educación, comunicaciones o salud como inversiones para poder crear valor y ser competitivos en el futuro (Edvinsson, 2002); y disminuir de esta manera problemas que existen en la actualidad en España como la fuga de capital humano altamente cualificado.

El capital intelectual también es relevante desde el punto de vista de la gestión. Los gestores necesitan conocer cuáles son los recursos que contribuyen a crear valor, y ese conocimiento mejora la eficiencia en la adquisición y crecimiento del capital intelectual (Brooking, 1997; Marr et al., 2003). De lo contrario, se podrían perder oportunidades de negocio o infrautilizar los recursos de la empresa (Cañibano et al., 2002). Elevándolo a un punto de vista estratégico, los recursos de capital intelectual suelen ser generadores de rentabilidad y creación de valor. Resultaría imprescindible que los recursos interaccionasen entre sí para conseguir el mayor efecto posible (Marr, 2005).

Normalmente, sin una adecuada información, será muy difícil que personas ajenas a la organización puedan conocer bien el capital intelectual de la empresa, comparadas con aquellos que trabajan dentro de la organización, lo que provoca asimetrías informativas. Proporcionar un buen informe sobre CI disminuiría la asimetría y facilitaría el acceso a los mercados financieros a empresas a las que de otra manera las entidades financieras o inversores no las considerarían a la hora de prestar o invertir. Una empresa cuya base es el servicio prestado o el conocimiento, puede tener pocos activos materiales que sean fácilmente realizables en caso de quiebra, aunque puede tener otro tipo de activos que no aparecen en los estados financieros tradicionales, que hagan que el riesgo a asumir sea aceptable (Hofmann, 2005).

La falta de información, por lo tanto, causa ineficiencias en el mercado de capitales. En las empresas altamente tecnológicas el ratio del valor de mercado entre el valor en libros (o *market-to-book ratio*) ha ido aumentando, lo que hace pensar que debe haber algún tipo de activo que no se está teniendo en cuenta en los estados contables (Mouritsen et al., 2001).

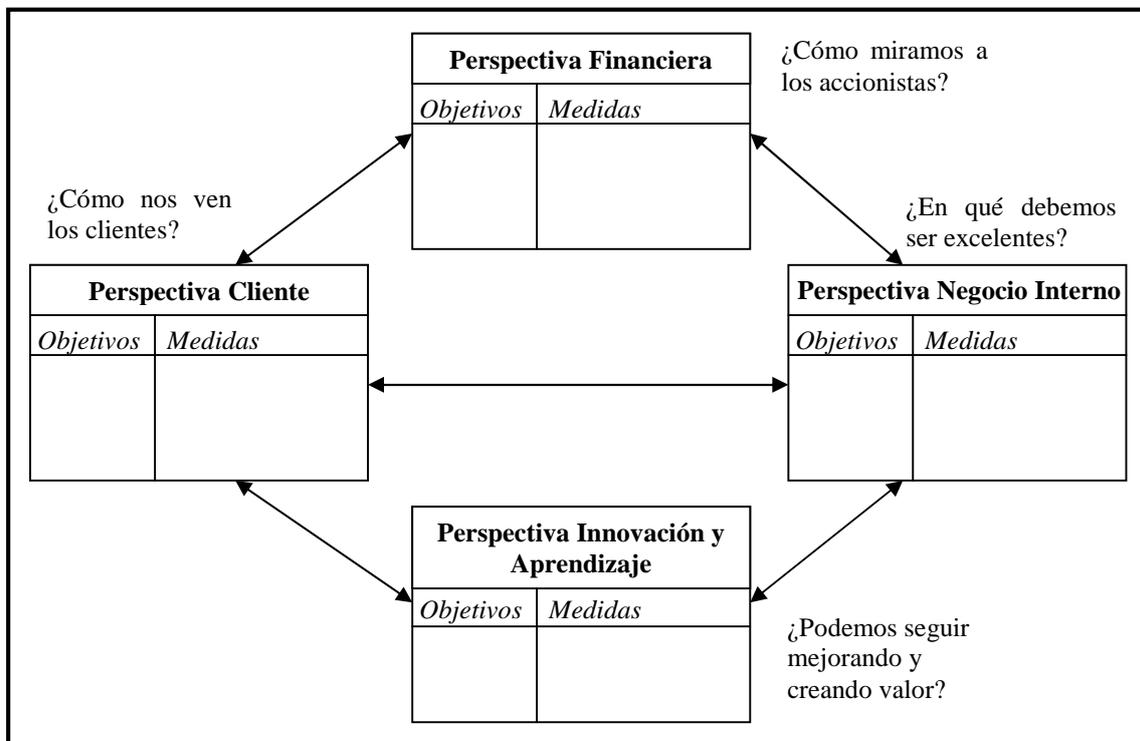
3.- CÓMO INFORMAR DEL CAPITAL INTELECTUAL DE LAS EMPRESAS

Una vez conocemos la importancia que tiene estar informado sobre el capital intelectual, haremos referencia a algunos de los proyectos o métodos que se han llevado a cabo para poder identificar los distintos elementos, medirlos y comunicarlos.

En primer lugar, hay que destacar que los estados financieros sí suministran cierto grado de información sobre algunos de los elementos del capital intelectual y que se denominan activos intangibles. La limitación que nos encontramos en la contabilización de este concepto es que muy pocos elementos se permiten reconocer como activos y además deben cumplir unos requisitos estrictos. Hay elementos que están muy desarrollados contablemente, cuya medición y valoración resulta fiable, como la investigación y el desarrollo o las aplicaciones informáticas. Hay otros, cuya valoración sólo resulta fiable en caso de que se hayan adquirido y por lo tanto, no se permiten registrar como activos si se han generado internamente, como la marca, listas de clientes, etc. Y, por último, hay elementos cuya cuantificación económica no es fiable y no se pueden activar (ej.: conocimiento, capacidad de liderazgo, capacidad de negociación de la empresa,...).

Para poder completar la información financiera se han desarrollado otros métodos. Hablamos por ejemplo del Cuadro de Mando Integral – CMI (o Balanced Scorecard) de Kaplan y Norton (1992), uno de los cuadros de mando más extendido. Ellos mismos comentan que su objetivo es traducir “la misión y la estrategia de una organización en un grupo de medidas de rendimiento comprensibles que provean de un marco para la medición estratégica y un sistema de gestión” (Kaplan y Norton, 1996, p.2).

El CMI trata de informar tanto de la situación financiera de la empresa como de su capital intelectual, para lo cual se emplean medidas de rendimiento tradicionales y no tradicionales (Wu, 2005). En un primer momento, Kaplan y Norton lo dividen en cuatro perspectivas: financiera, de procesos internos del negocio, de los clientes y del aprendizaje y la innovación (véase la figura 3). Mientras que la financiera mira al pasado, las otras tres perspectivas se fijan en el presente y el futuro de la empresa. En esta versión del cuadro de mando se centran en los objetivos a conseguir en cada una de las perspectivas y en cómo medirlos. Con el paso del tiempo lo van desarrollando, acrecentando la importancia de la estrategia que liderará los objetivos y las iniciativas fijadas para el resto de áreas de la compañía.



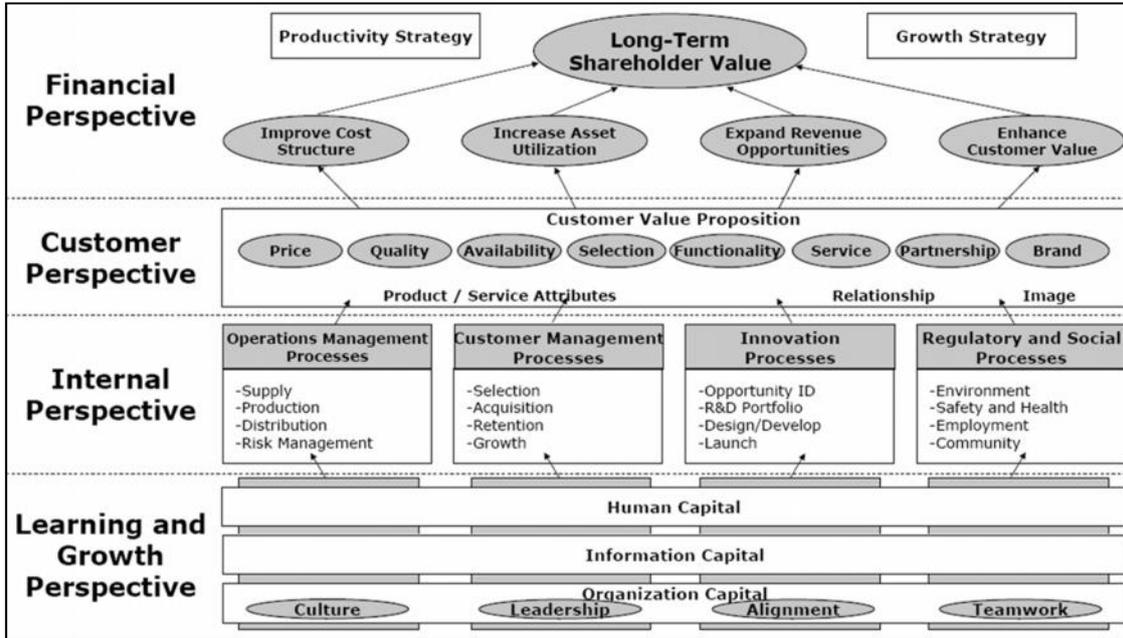
Fuente: Basado en Kaplan y Norton (1992), p. 72.

Figura 3 – El Cuadro de Mando Integral de Kaplan y Norton

Kaplan y Norton (1996) afirman que las decisiones tomadas desde las otras tres perspectivas no financieras tienen que ir dirigidas a mejorar los indicadores financieros y los rendimientos de la empresa. Desde la perspectiva de clientes, la empresa debe encontrar la actividad en la que puede destacar respecto a la competencia e identificar qué clientes estarían interesados en sus productos con el objetivo de aumentar la cuota de mercado e incrementar los ingresos con cada uno de los clientes. Para ello, la compañía debe identificar cuáles son las necesidades de los clientes, y desde la perspectiva de los procesos internos, crear los productos o servicios que puedan satisfacerlas. Finalmente, la perspectiva sobre el aprendizaje y la innovación (que posteriormente será denominada como aprendizaje y crecimiento) se basa en los trabajadores, en sus capacidades, cómo motivarlos y empoderarlos; y en los sistemas de información sobre productos, clientes, etc. para que los

empleados puedan conocer lo máximo posible sobre ellos para aprovechar sus habilidades al máximo.

El esquema circular de la figura 3 pasa a ser vertical, denominándose posteriormente “mapa estratégico” (véase figura 4) donde se pretende demostrar cómo se crea valor y cómo se transmite de una perspectiva a otra (Kaplan y Norton, 2004).

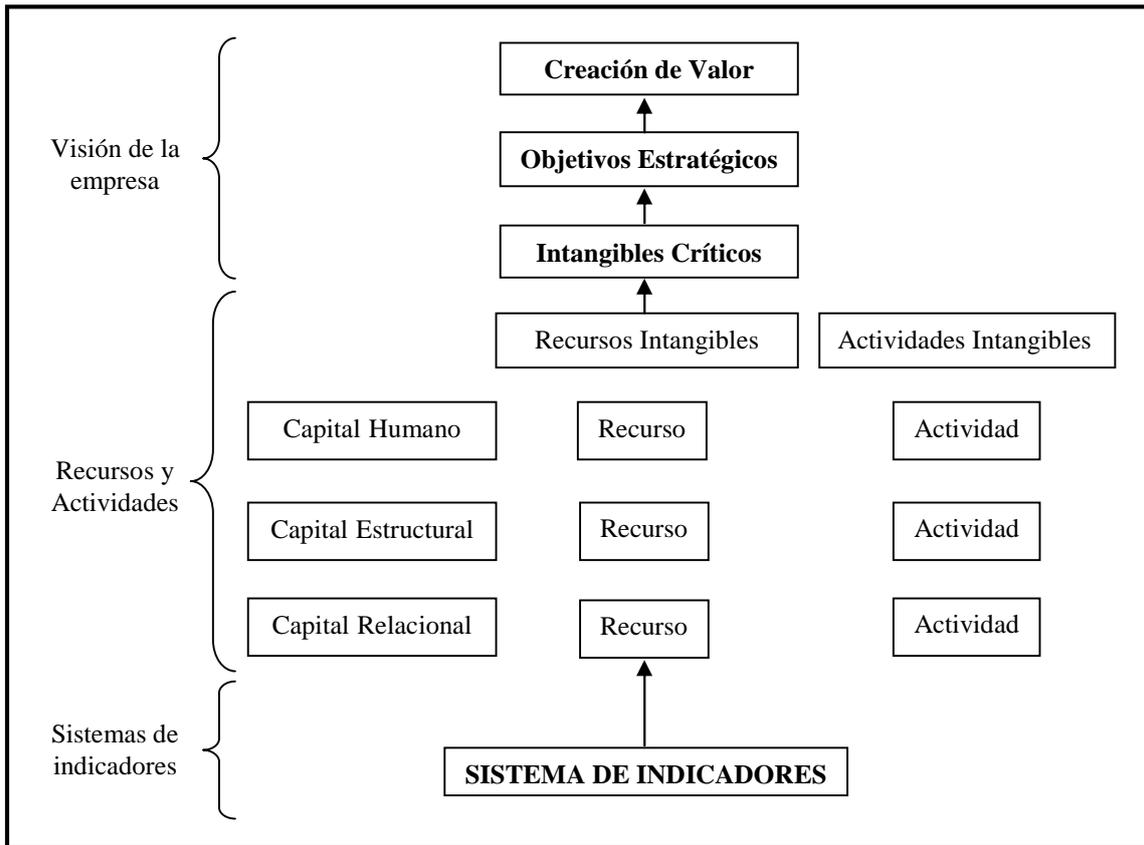


Fuente: Kaplan y Norton (2004), p. 11.

Figura 4 – El Mapa Estratégico de la creación de valor

El CMI permite a los gerentes de la organización tener disponible el conjunto de la información sobre las distintas áreas, así como la influencia de una decisión tomada en una de ellas en el resto. De hecho, de acuerdo al esquema de la figura 4, se puede observar cómo las actividades de aprendizaje y crecimiento impactan en los procesos internos y éstos en los objetivos de la perspectiva clientes y finalmente qué efecto se consigue en el rendimiento financiero. Además, permite unir las acciones de corto plazo con las acciones estratégicas a largo plazo (Kaplan y Norton, 1992, 1996, 2004).

Por otro lado, entre los proyectos llevados a cabo para informar sobre el capital intelectual podemos encontrar el Proyecto Meritum (Cañibano et al., 2002). Éste fue un proyecto de la Unión Europea llevado a cabo por instituciones académicas o de investigación de seis países (Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Noruega y Suecia) entre 1998 y 2001. Trata de preparar unas directrices para identificar y generalizar un sistema de gestión del capital intelectual, que además mejore la capacidad informativa de los estados contables, dando una imagen más real de la situación de la empresa. El esquema sugerido en el Proyecto Meritum para presentar el informe sobre CI puede verse en la figura 5.



Fuente: Cañibano et al. (2002), p. 83.

Figura 5 – Esquema propuesto en el Proyecto Meritum

En este proyecto se crea un marco conceptual que define los conceptos básicos que se emplean al realizar el informe como qué es el capital intelectual, los activos intangibles, recursos intangibles, etc. Por ejemplo: mientras que los recursos intangibles pueden ser medidos en un momento determinado, las actividades intangibles se llevan a cabo para adquirir, producir, mantener o mejorar los recursos intangibles. En un primer momento la empresa debe identificar los intangibles críticos para conseguir los objetivos estratégicos, para posteriormente pensar en qué actividades se deben llevar a cabo para mantener y mejorar los recursos que necesite. A su vez se elegirán los indicadores necesarios para medir los intangibles y finalmente se evaluará la situación por si hay que realizar cambios en las actividades planteadas (Cañibano et al., 2002).

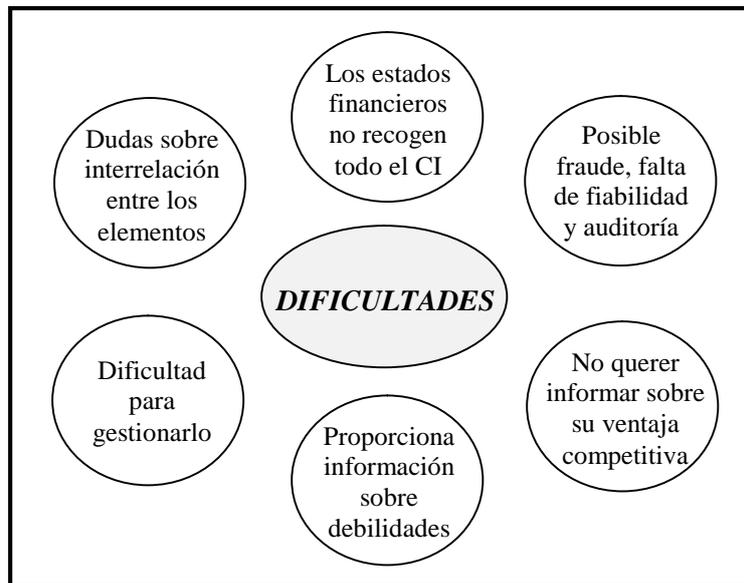
Hay otros métodos que intentan identificar y medir el CI de las empresas como por ejemplo: el Monitor de Activos Intangibles (Sveiby, 1997), el Navegador del Negocio (Edvinsson y Malone, 1997) ambos aplicados en empresas, o el Informe de Capital Intelectual del Gobierno de Dinamarca (Ministerio danés de ciencia tecnología e innovación, 2003) que trata de divulgar la información sobre el CI mediante la narrativa.

Normalmente, y entre ellos los métodos que aquí se han mencionado, tratan de ayudar a la gestión a mejorar la creación de valor o tratan de informar mejor a los distintos participantes sociales sobre la realidad de la empresa. Ya sea con un objetivo u otro, los modelos suelen ser elaborados por los gestores y los contables de las compañías (Roslender, 2009), cuando por otro lado hay que tener en cuenta que siendo el capital humano un factor imprescindible, se debería dar relevancia a los empleados proponiendo un cauce por el que puedan compartir sus experiencias, de *auto-contabilizar* el capital que poseen y posee la empresa, con el objetivo de crear una cartera con distintas perspectivas sobre el futuro de la empresa (Alcañiz et al., 2011).

4.- DIFICULTADES EN TORNO AL CAPITAL INTELECTUAL

Aunque cada vez hay más estudios sobre el capital intelectual, aún existen ciertas cuestiones sin resolver entorno a este concepto (véase figura 6). En primer lugar, aunque no existe seguridad en cuanto a la correlación entre los distintos elementos del CI y los efectos que provocan unos en otros, los informes deberían intentar recoger estas relaciones y explicar los distintos conceptos e interacciones de una forma sencilla, que sea fácilmente comprensible por los partícipes interesados en conocer la situación de la empresa.

En segundo lugar, estos informes no son auditados y, por lo tanto, puede cuestionarse su fiabilidad. Sin embargo, los estados financieros, que sí son auditados y existe una regulación contable para realizarlos, no recogen toda la información sobre capital intelectual, ya sea porque hay elementos que no pueden ser realmente controlados por la empresa o porque no puedan medirse y valorarse con fiabilidad. Aunque se recoja como limitación, esto no quiere decir que la contabilidad tenga que recoger todos los elementos, ya que a diversos partícipes sociales que invierten o son acreedores de la compañía les interesa que sólo aparezcan los activos que tienen un valor de realización (Alcañiz y Gómez-Bezares, 2013). Por lo tanto, finalmente hay que recurrir a los informes extracontables. Lo que nos lleva al tercer problema que puede surgir en torno a este concepto: el fraude. Muchos elementos del CI son difícilmente cuantificables, lo que puede provocar que sus mediciones sean inciertas y subjetivas (Lynn, 1998). Además, los gestores podrían aprovecharse de la asimetría informativa existente para tratar de ocultar comportamientos fraudulentos (Holland, 2002). Aunque el riesgo no existe tan solo con las empresas que actúan de mala fe, sino también con aquéllas que aunque traten de actuar correctamente sean acusadas de mentir porque sus predicciones no se hayan cumplido (Edvinsson y Malone, 1997).



Fuente: Elaboración propia.

Figura 6 – Dificultades en torno al concepto del capital intelectual

En cuarto lugar, no todas las empresas pueden querer realizar el informe sobre capital intelectual. Por un lado, porque tal como se ha comentado el CI proporciona ventaja competitiva a la compañía y las empresas serán reacias a proporcionar información que pueda revelar sus puntos fuertes a la competencia. Pero, por otro lado, también suministra la información sobre las debilidades de la compañía, que aunque será de gran interés para algunos partícipes sociales, hará reacios a los gestores a dar este tipo de datos que pueda poner en cuestión su valía en la sociedad (Edvinsson y Malone, 1997).

Y, finalmente, hay que tener en cuenta que aunque se realice el intento de medir o valorar, e informar sobre el CI de las empresas, éste es más difícil de gestionar que el capital material o el financiero (Lev, 2003) y que otorgarle la importancia que merece es tarea de toda la organización y supondrá un cambio en la cultura de la misma (Lynn, 1998).

5.- CONCLUSIONES

El capital intelectual es fuente de ventaja competitiva para la empresa, lo que hace que cobre cada vez más importancia, sobre todo en los países desarrollados en los que el capital físico y monetario pierde importancia frente al capital humano, las tecnologías de la información, la I+D, etc. Por lo tanto, conocer cuál es el capital intelectual es relevante para todo tipo de partícipes sociales, tanto internos como externos a la compañía, pero además, internamente tiene implicaciones financieras (para disminuir la asimetría informativa, obtener capital en mejores condiciones, etc.), en la gestión, puesto que los elementos del CI son un concepto más a gestionar dentro de la empresa; y a nivel estratégico, pues impacta en las decisiones que haya que tomar a largo plazo.

Para poder gestionar este capital hace falta conocerlo y poder medirlo de alguna forma (monetaria o no monetaria). Parte se puede encontrar en los estados financieros, pero como se ha comentado a lo largo del texto, la contabilidad no recoge y no debe recoger todos los elementos del capital intelectual, sino sólo los que cumplen ciertos requisitos como que sean controlados por la empresa, identificables y que puedan ser valorados de forma fiable. Al ser la contabilidad muy prudente a la hora de reconocer los activos intangibles, hace falta recurrir a documentos no financieros que proporcionen más información sobre el capital intelectual. Para ello, se han creado algunos métodos que permiten recoger y medir los distintos elementos del CI para ayudar así a su gestión y control, como por ejemplo el Cuadro de Mando Integral de Kaplan y Norton. También se ha ideado cómo realizar distintos informes sobre el CI, como el informe propuesto por el Proyecto Meritum o las guías danesas.

Sin embargo, es necesario seguir avanzando en el estudio del capital intelectual, de forma que se puedan incluir más elementos en los estados financieros auditados con ciertas garantías, para poder conocer mejor las interrelaciones entre las distintas categorías del CI, mejorar la información suministrada de forma que aunque sea extracontable se reduzca la subjetividad, y crear informes de manera estandarizada para poder comparar distintas empresas, así como para que la propia gestión e inversores puedan comparar el desarrollo de los intangibles a lo largo del tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

ALCAÑIZ, L. (2012): “Revelación de información sobre Capital Intelectual. Aplicación a las ofertas públicas iniciales españolas”. *Tesis doctoral*. Bilbao: Universidad de Deusto.

ALCAÑIZ, L.; GÓMEZ-BEZARES, F. and R. ROSLENDER (2011): “Theoretical perspectives on intellectual capital: A backward look and a proposal for going forward”, *Accounting Forum*, Vol. 35, No. 2, pp. 104-117.

ALCAÑIZ, L. y F. GÓMEZ-BEZARES (2013): “La información sobre capital intelectual ¿contable, extracontable o ambas?”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. LXVIII, nº 208, de próxima aparición.

ANDRIESEN, D. (2004): “IC valuation and measurement: classifying the state of the art”, *Journal of Intellectual Capital*. Vol. 5, nº 2, pp. 230-242.

BROOKING, A. (1997): *El Capital Intelectual. El principal activo de las empresas del tercer milenio*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A.

CAÑIBANO, L.; SÁNCHEZ, M.P.; GARCÍA-AYUSO, M. and C. CHAMINADE (2002): *PROYECTO MERITUM - Directrices para la gestión y difusión de información sobre intangibles*. Madrid: Fundación Airtel Móvil.

EDVINSSON, L. and M.S. MALONE (1997): *Intellectual Capital. The proven way to establish your company's real value by measuring its hidden brainpower*. London: Judy Piatkus (Publishers) Limited.

EDVINSSON, L. (2002): “Where and Who is the Mastering of IC of Nations for tomorrow?”, *Revista Madri+d*, No. 11.

GUTHRIE, J.; PETTY, R. and F. RICCERI (2007): *Intellectual Capital Reporting: Lessons from Hong Kong and Australia*. Edinburgh: Published by The Institute of Chartered Accountants of Scotland. T J International.

HOFMANN, J. (2005): “Value intangibles! Intangible capital can and must be valued – owners and valuers alike will benefit”, *Deutsche Bank Research*. October, 19.

HOLLAND, J. (2002): “Intellectual capital and the capital market – organisation and competence”, *Accounting, Auditing & Accountability Journal*. Vol. 16, No. 1, pp. 39-48.

KAPLAN, R.S. and D.P. NORTON (1992): “The Balanced Scorecard – Measures that Drive Performance”, *Harvard Business Review*. Vol. 70, No. 1, pp. 71-79.

KAPLAN, R.S. and D.P. NORTON (1996): *The Balanced Scorecard: Translating strategy into action*. Boston: Harvard Business School Press.

KAPLAN, R.S. and D.P. NORTON (2004): *Strategy Maps: Converting Intangible Assets into Tangible Outcomes*. Boston: Harvard Business School Press.

LEV, B. (2003): *Intangibles: Medición, Gestión e Información*. Barcelona: Ediciones Deusto, Planeta DeAgostini Profesional y Formación, S.L.

LYNN, B. (1998): “Intellectual Capital: key to value-added success in the next millennium”, *CMA Magazine*. Vol. 72, No.1, pp. 10-15.

MARR, B; GUPTA, O., PIKE, S. and G. ROOS (2003): "Intellectual capital and knowledge management effectiveness", *Management Decision*, Vol. 41, No. 8, pp. 771-781.

MARR, B. (2005): *Perspectives on Intellectual Capital*. USA: Elsevier Inc.

MINISTERIO DANÉS DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN (2003): *Intellectual Capital Statements – The New Guideline*. Copenhagen.

MOURITSEN, J.; LARSEN, H.T. and P.N. BUKH (2001): "Intellectual capital and the 'capable firm': narrating, visualising and numbering for managing knowledge", *Accounting, Organizations and Society*, Vol. 26, pp. 735-762.

ROSLENDER, R. (2009): "The prospects for satisfactorily measuring and reporting intangibles: time to embrace a new model of (ac)counting?", *Journal of Human Resource Costing & Accounting*, Vol. 13, No. 4, pp. 338-359.

SVEIBY, K.E. (1997): "The Intangible Assets Monitor", *Journal of Human Resource Costing and Accounting*. Vol. 2, No.1, pp. 73-97.

WU, A. (2005): "The integration between Balanced Scorecard and Intellectual Capital", *Journal of Intellectual Capital*, Vol. 6, No. 2, pp. 267-284.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE INMUEBLES

Ignacio Lledó Benito
Abogado especialista en Derecho Penal Económico

Fecha de recepción: 12 de marzo de 2013

Fecha de aceptación: 12 de abril de 2013

RESEÑA DEL LIBRO:

LLEDO YAGÜE, F. (2013) **La protección del Consumidor de Inmuebles**. Dykinson. Madrid.

La obra que el lector tiene en sus manos, constituye un ejemplo de conexión real de la enseñanza dogmática con la experiencia jurisdiccional y la práctica en los despachos profesionales.

El contenido de la obra denota ya de entrada un título revelador y comprensivo (la protección del consumidor de inmuebles) de una materia desgraciadamente decepcionante de una realidad tan desolada como es la adquisición de vivienda o proceso de conservación, mantenimiento y ejecución, como lo son la dación en pago, desahucios, o la profunda crisis del sector inmobiliario en España. Motivado por política económica errática y decisiones supraestatales de los organismos europeos que han llevado al sector a una crisis sistemática profunda.

La obra colectiva, como podrá comprobar el lector gira en torno a la problemática de la vivienda. En este sentido se analiza con profundidad, y por expertos conocedores de la temática. Así se analiza aspectos tan determinantes como los vicios de la construcción, las garantías del consumidor de inmuebles, el aspecto de los seguros. Es así que se desarrolla su estudio desde un enfoque centrado en los problemas prácticos en su aplicación en el Derecho práctico, y la interpretación de la doctrina jurisprudencial

Así en este sentido destaca la impertinencia empírica de los anexos que incorpora la obra incorporan interesantes expedientes profesionales que tienen que ver en el día a día de los procesos edificatorios, lo que adjetiva a la obra como insistimos, no solo de un valor depurativo actual y notable, sino también de una *vis practica*, que valora el interés de la obra, para los profesionales y operadores jurídicos que operan en estos ámbitos.

El libro completo incorpora materias de necesario conocimiento, como en el caso del análisis de los problemas de las compraventas de protección oficial y su complejo sistema normativo, y en donde coexisten normas de ámbito estatal con otras autonómicas. Y asimismo los requisitos en la calificación de las viviendas protegidas. Naturalmente se aborda con lucidez las cuestiones litigiosas en torno a las compraventas de las viviendas protegidas.

Otro aspecto que destaca en el libro es el riguroso análisis tanto sustantivo como jurisprudencial del tema que constituye el “núcleo litigioso habitual” en los Juzgados de la Responsabilidad civil de los “agentes de la edificación” y ¿Quién es quién en la ley de

Ordenación de la Edificación así como la delimitación de la responsabilidad en la jurisprudencia.

No podía faltar temas tan recurrentes, per no menos importantes, como es la cuestión del precio de la vivienda, en la tutela y protección del consumidor de inmuebles, o la practicidad técnica y operativa de las anotaciones preventivas, o la obsesiva cuestiones para el “consumidor” de los gastos derivados del otorgamiento de la escritura de compraventa.

Así, en la cuestión del “precio” es interesante como se aborda el tema del deber precontractual de información del precio de la vivienda la prohibición de la publicidad engañosa así como, unas reflexiones muy interesantes en el capítulo de la integración de la oferta, promoción o publicidad sobre el precio en el contenido contractual.

En el tema de las anotaciones preventivas revela aspectos tan interesantes como que los supuestos susceptibles de anotación son distintos de los inscribibles, y que los efectos de las anotaciones son menos enérgicos o completos que los de las inscripciones.

En el capítulo referido a los gastos se deslinda con nitidez la errática equiparación en la práctica habitual entre los “gastos de escritura” y los “gastos de notaria” lo que lleva a distinguir con claridad entre los gastos generados por la intervención notarial, los honorarios derivados de la inscripción del documento en el Registro de la Propiedad, los gastos de tramitación de la escritura, y el tema de los impuestos que genera el otorgamiento de la escritura pública.

Otro de los aspectos que resalta la obra es el estudio analítico y práctico de la realización de una promoción en régimen de comunidad y la construcción de viviendas en régimen de cooperativas. Empezando por deshacer equívocos conceptuales y tópicos a la hora de analizar en que consiste una promoción en régimen de Comunidad. Asimismo el análisis de los aspectos jurídicos relativos a la Constitución y gestión de la Comunidad (órgano ejecutivo, la figura de la Gestora en la Comunidad de Bienes, etc. Y en fin en que consiste una Cooperativa de Vivienda y sus aspectos generales (precio, forma de pago, devolución de pagos, plazos de entrega, venta del inmueble, etc).

No podía faltar en una obra como la presente de eminente interés práctico, el tratamiento (ciertamente clarificador y sugerente) de la intervención de los consumidores y usuarios en el proceso civil. Y así se analiza con especial interés la capacidad procesal de los mismos y **a fortiori**, legitimación del consumidor o usuario afectado. Asimismo el interesante estudio de los “procesos” con consumidores determinados y/o indeterminados o el decisivo tema de la competencia territorial en el proceso civil.

Naturalmente, no podía omitirse tampoco el tratamiento de un tema de indudable interés social como es el relativo a la “compraventa con préstamo hipotecario. Y es aquí, donde se estudia con oportunidad y acierto la normativa sectorial de la protección a la “clientela bancaria” o la publicidad e información “precontractual”. No ha de olvidarse que la mayoría de las personas que desean adquirir una vivienda en propiedad necesitan valerse de financiación externa que generalmente viene facilitada por las entidades de crédito. Se lleva a cabo en esta línea argumental un sobrio estudio de los elementos de la publicidad (los reclamos comerciales), la citada información precontractual (FIPRE) “El análisis y estudio de la interesante Orden EHA/2899 de 2011 y que trata de la información precontractual en el art. 6. Y que todo el contenido del modelo FIPRE ha de ser clara y suficiente. En fin, interesante y de lectura obligatoria, resuelta el apartado de la capacidad financiera del cliente y el debate en torno al “préstamo responsable...”

En una obra de estas características también se ha abordado el tratamiento de aspectos penales en la protección del consumidor de inmuebles. Así las cosas, estos temas destacamos el actual y vigente tema de los fraudes inmobiliarios (excelentemente tratado y

sistematizado). En este sentido argumental destacamos el tema tratado sobre la estafa genérica sobre inmuebles y/o destinados a vivienda habitual. En la misma línea se aborda el análisis de los fraudes relativos a las cantidades anticipadas para la adquisición de la vivienda y a las modalidades delictivas dependiendo del momento en el que surge el “dolo defraudatorio” (la estafa y la agrupación indebida). En este sentido se analiza el interés los diferentes supuestos de “estafas especiales en la adquisición de inmuebles...” Y muy interesante la reflexión de los diferentes casos de doble venta sin la materialización de la transmisión de la propiedad en la promesa enajenación y el estudio de las situación de “maquinación” que pueden plantearse.

En otro orden de consideraciones destacamos el tema excelentemente tratado por sus autores sobre “la respuesta jurídica penal frente al acoso inmobiliario a raíz de la reforma de la LO 5/2010. Destacamos el tratamiento del tema por los autores del fenómeno del “acoso inmobiliario” la importación a España del blocklonsting. El análisis de la situación ex ante la ley Orgánica 5/2010 y **expost**. La correcta ubicación sistemática y análisis del bien jurídico protegido, y sobre todo el estudio del “alcance de los tipos penales” (art. 172.1 y 173.1 del Código Penal). Respuesta muy reveladora las consideraciones de política criminal que se aborda con nitidez y lúcida interpretación, pues como se concluye con acierto la tipificación mediante esta doble vía del acoso inmobiliario a través de la Reforma de la LO 5/2010 un ejemplo en el que la “arbitrariedad del legislador” parece más que evidente, pues lejos de dar soluciones, ha complicado el “estado de la cuestión”.....

Y finalmente en una obra de estas características no podía faltar la referencia a la “burbuja inmobiliaria” en España que hace referencia a la burbuja especulativa en el mercado de bienes inmuebles en España hasta finales de 2007 y principios de 2008. Entre las causas de la misma, podemos encontrar entre otras el incremento anormal de los precios muy por encima del IPC, incrementos que se explicaban principalmente recurriendo a factores externos, como la falta de suelo edificable, los beneficios fiscales concedidos a la adquisición de viviendas, la inmigración, la especulación, la recalificación de suelos así como el exceso de crédito.

La explosión en 2007 de la crisis americana llevó a la quiebra de importantes bancos. Se puso en evidencia que su “burbuja inmobiliaria” estaba basada en productos derivados con subyacentes cuasi-ficticios habiendo inundado el mundo de títulos “basura” lo que trajo como consecuencia una profunda crisis “financiera” de liquidez.

El sistema financiero mundial está “tocado” y la crisis de la deuda soberana de la zona euro, estamos viendo que un optimo caldo de cultivo para la especulación que curiosamente genera pingües beneficios a los grandes bancos y fondos de inversión que juegan en los mercados, haciendo tambalear cualquier medida de política monetaria trazada por el BCE.

EL DISCURSO DE LOS MENORES BAJO MEDIDA JUDICIAL.

Ilma. Sra. Dña Ana María Hermosa Martínez
Fiscal Coordinadora de la Sección
Territorial en Sevilla
Fiscalía Superior de Andalucía

Fecha de recepción: 19 de febrero de 2013

Fecha de aceptación: 19 de marzo de 2013

RESEÑA DEL LIBRO:

NIETO MORALES, C. (2012) **El discurso de los menores bajo medida judicial**. Dykinson. Madrid.

“El Discurso de los Menores Bajo Medidas Judiciales” nos ofrece un trabajo de investigación sobre el fenómeno de la delincuencia juvenil, cuya autoras es la Dra. Concepción Nieto Morales, Trabajadora Social y profesora Asociada de la Universidad Pablo de Olavide, que actualmente desempeña su función como Trabajadora Social en el Equipo Técnico cuatro de la Fiscalía de Menores de Sevilla.

El libro se estructura en once capítulos, los dos primeros destinados a la introducción y el último a la bibliografía empleada para la construcción del libro, en los restantes se aborda el estudio de la delincuencia juvenil desde una doble óptica, teórica y científica.

De esta forma, el capítulo III rubricado “*Hacia un marco teórico sobre la delincuencia juvenil que caracteriza la sociedad actual*”, se analizan las distintas transformaciones sociales experimentadas en los siglos XIX y XX, y como la más radical la que se produjo con el paso de la sociedad agraria a la industrial. La industrialización trajo un nuevo orden económico denominado “capitalismo”, antesala de la modernidad y de la postmodernidad, de las nuevas tecnologías, de la era de las comunicaciones y de la globalización, de la conquista del estado de bienestar, pese a ello, la autora haciendo un inciso, advierte que el progreso económico y social que han ido experimentando las sociedades nunca eliminó las bolsas de pobreza (la afluencia masiva de población de bajo nivel económico originó condiciones miserables de vida, desocupación, marginación, explotación laboral, de exclusión social, de delincuencia), sin descartar, en la sociedad actual, el nacimiento de nuevas bolsas de pobreza generadas tras las situaciones de crisis económicas y de valores.

Tras estas notas introductorias se pasa a analizar las distintas teorías sociales, psicológicas, biológicas y económicas que explican las razones que llevan a delinquir.

Derivado de lo anterior, se advierte en la sociedad actual como factores que predisponen a la delincuencia: la desestructuración familiar experimentada en los últimos años, la falta de autoridad de los ascendientes, la falta de expectativas profesionales, el materialismo imperante que provoca necesidad de poseer cosas que no están al alcance de la economía familiar(no hay que olvidar la influencia que la publicidad de un producto puede experimentar en los menores), la cada vez más temprana edad en el consumo de

drogas, alcohol, el absentismo seguido del fracaso escolar, la falta de autoridad de los padres. son todos factores que predisponen a la delincuencia del menor.

Ofrece gran interés el último punto de este capítulo dedicado a la educación, el absentismo y el fracaso escolar, analizándose algunas de las causas que contribuyen a éste.

En el Capítulo cuarto dedicado *al marco legal de la justicia juvenil* nos hace una relación detallada de los antecedentes legislativos de nuestra actual legislación, que a modo de enunciado son: La Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948; La Ley Orgánica 4/1992, a nivel internacional menciona la Declaración de los Derechos del Niño (Ginebra, 1928); Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Reglas de Beijing (1986); La Convención de los Derechos del Niño (1989), tras ella observamos un minucioso estudio del articulado de la Ley Orgánica 5/2000, actualizado a la reforma operada por la ley Orgánica 8/2006, en él se analizan las funciones del Ministerio Fiscal, del Juez de Menores, del Equipo Técnico, de la Entidad Pública, de las fases de procedimiento, de las medidas cautelares, de las medidas contempladas por la Ley que puede imponerse por el Juez en Sentencia tras el debate contradictorio en Juicio o en trámite de conformidad, sin olvidar otras formas de terminar el procedimiento como la mediación, reparación del daño o conciliación. Tras ello pasa al examen del Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, concretamente a las tres materias que desarrolla, como son: la policía judicial, el equipo técnico y la ejecución de las medidas, principalmente las derivadas del cumplimiento en centros de internamiento.

Impuesta la medida judicial solo cabe su ejecución, a ésta y a los recursos se refieren los capítulos quinto y sexto de la obra.

La ejecución es considerada como pieza clave en el tratamiento del menor delincuente, correspondiendo a la Comunidad Autónoma de Andalucía proporcionar los medios materiales y personales necesarios para su éxito, con ello nos proporciona una importante información de los recursos existentes en Andalucía, ya sean de medio abierto o de internamientos con los que ha trabajado para la elaboración de este estudio.

Tras la disertación teórica se aborda la investigación desde un punto de vista práctico. Esta parte de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor y se circunscribe al ámbito geográfico de Andalucía, siendo el objeto investigado los menores que han participado en los grupos de discusión realizados, y que han cometido delitos o faltas, se les ha seguido un Expediente de Reforma en las Fiscalías de Menores de Andalucía, han sido juzgados y sentenciados por el Juez de Menores, y en los casos de condena han pasado a la ejecución de la medida, siendo la Comunidad Autónoma, Consejería de Justicia, la responsable de suministrar los medios materiales y de obtener la resocialización.

El método de la investigador es el de la triangulación, articulando una metodología cuantitativa y cualitativa que nos ofrece una visión de la situación de los cambios sociales, marginalidad, delincuencia juvenil, resocialización y reinserción de menores y / o jóvenes infractores ateniéndose a la LORPM 5/2000, conjunción de factores que permite obtener *un perfil del menor delincuente*.

Para el empleo del método cuantitativo, reduciendo el ámbito de investigación a Sevilla y su Provincia, se parte de los libros registro, ficha del menor, informes sociales, expedientes registrado en la Fiscalía; todo ello recogido de los datos obtenidos por el Equipo Técnico nº 4 de la Fiscalía y Juzgado de Menores, en el que consta la entrevista con los menores a los que se le ha incoado expedientes, reduciendo su ámbito de investigación a Sevilla y su Provincia.

Para el estudio cualitativo la técnica utilizada para la recogida de datos es el grupo de discusión, se especifican los centros de internamiento y centros de convivencias en los que se ha realizado el estudio. Los jóvenes que han formado parte del estudio tienen

características muy especiales, tanto personales como referidas a la institucionalización, se ha partido además de una división entre jóvenes del sexo femenino y masculino, se ha intervenido en los centros de internamiento y en los grupos de convivencia, centro para cumplimiento de medidas terapéuticas, centros de inserción laboral; con todos ellos se ha obtenido una muestra representativa.

El libro termina con unas conclusiones de la autora en la que pone de relieve la necesidad de reforzar la intervención primaria cuando se detecta cualquier situación conflictiva, siendo las instituciones escolares, servicios sociales o sanitarias las que deben dar la voz de alerta ante cualquier señal; ya que la prevención y la educación son los dos factores señalados por la Dra. como alternativa a la intervención judicial.

EL TRABAJO TÉCNICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL. DESCENDIENDO A LA PRACTICA PROFESIONAL.

Ilma. Sra. Dña. María Luisa Zamora Segovia.
Magistrada-Juez del Juzgado de Primera
Instancia nº 26 (Familia) de Sevilla.

Fecha de recepción: 25 de febrero de 2013

Fecha de aceptación: 25 de marzo de 2013

RESEÑA DEL LIBRO:

NIETO-MORALES, C. (Coord.) (2012) “**El trabajo Técnico en el ámbito judicial. Descendiendo a la practica profesional**”. Dykinson. Madrid (edición electrónica).

Bajo la coordinación de la Profesora Asociada Doctora Dra. Concepción Nieto Morales, del Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla se publica el libro que lleva por título “El trabajo Técnico en el ámbito judicial. Descendiendo a la practica profesional”. Se trata de un libro técnico especialmente dirigido al ámbito académico -alumnos de Ciencias Sociales y Jurídicas y profesionales de la materia- y eminentemente práctico, que no solo circunscribe el trabajo técnico desarrollado a las peritaciones judiciales o forenses, sino que amplía su círculo a todo trabajo relacionado con el ámbito judicial.

Bajo esta perspectiva del trabajo técnico en el ámbito judicial, cada uno de los autores que conforman los diversos capítulos del libro reflejan sus experiencias en la labor que día a día realizan, posibilitando dar a conocer de este modo el trabajo que cada uno desarrolla en su campo profesional propio, tales como trabajadores sociales, psicólogos, educadores, abogados, etc.

La Introducción del libro hace referencia al trabajo que realizado en el ámbito judicial por los diversos profesionales, centrandolo el tema del libro y los diversos estudios que conforman los diferentes capítulos del mismo.

En el primer capítulo -cuyas autoras son Dra. Concepción Nieto Morales y Dña. Lourdes Nieto Cabrera- que versa sobre las Reflexiones sobre la familia, infancia y juventud en situaciones de crisis, se analizan los diversos tipos de familia en la España del siglo XXI, el concepto jurídico de la familia y los desencadenantes de la crisis, menores en riesgo, y protección y conflicto con la ley. Es decir, las situaciones de crisis familiares y la repercusión en los hijos, haciendo referencia también a los factores de protección.

El segundo capítulo: El Trabajo Social en Juzgados y Fiscalía, del que son autoras cuatro trabajadoras sociales: Dra. Concepción Nieto Morales -adscrita a los Equipos Técnicos de Menores de la Fiscalía de Sevilla-, Dña. Purificación Fuentes Pérez -perteneciente a los Equipos Psicosociales del Juzgado de Familia de Granada-, Dña. Josefa Muñoz Calderón -adscrita a los Equipos Psicosociales del Juzgado de Familia de Sevilla- y Dña. Julia Peregrin González, perteneciente a las Unidades de Valoración de Violencia de Género (UVIVG) de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de Sevilla; se realiza un recorrido por el trabajo social en el ámbito judicial y las funciones de los informes periciales (en el aspecto social) que tiene cada servicio.

El capítulo tercero: De Mitos, Trayectorias y Políticas: Adolescentes en conflicto con la Ley. Reflexiones sobre el estado de la cuestión, cuyo autor es D. Francesc Xavier Uceda i

Maza, Profesor Asociado, Departament de Treball Social i Serveis Socials de la Universidad de Valencia, que realiza un estudio sobre la estructura, cifras y características de la delincuencia juvenil en España.

En el capitulo cuarto: Las Actuaciones del Equipo Técnico de un centro de menores infractores, de la Psicóloga D^{ña}. Maribel Crespo Lozano y la Trabajadora Social D^{ña}. Susana Jiménez Ruz, del Centro de Internamiento de la Biznaga (Málaga), las autoras hacen referencia a las áreas de intervención y los programas aplicados en los centros de internamiento.

En el capitulo quinto, el Director del Centro de Internamiento de la Asociación Ginso, D. Manuel Madrid Saavedra, y los Equipos Técnicos de los Centros de Menores Tierras de Oria e Inserción Laboral de Purchena (Almería), estudian la Intervención en el ámbito socio-familiar en la Ejecución de medidas Judiciales con menores Infractores, e introducen en la metodología y los diversos niveles de intervención, actuaciones y programas que trabajan los menores bajo medida judicial.

El psicólogo D. Alfonso González de Valdés Correa, hace referencia al programa de trabajo con menores en riesgo de violencia filioparental en el capitulo sexto titulado Las Bases para afrontar la inserción sociolaboral de menores /jóvenes sujetos a medidas judiciales.

En el capitulo séptimo, El ex Director de Servicio de la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía en la Dirección General de Justicia Juvenil, D. Felipe Escanciano Sánchez, realiza una reflexión en relación con La Mediación penal juvenil.

Otro de los diversos capítulos dedicados en el libro a La violencia filioparental es el capitulo noveno, de la Trabajadora Social Dra. Concepción Nieto Morales y la Letrada de menores D^{ña}. Ana M^a. González Lara, que realizan una semblanza sobre la prevención y educación de la violencia y de forma especial, de la violencia de los hijos hacia sus padres en el proceso judicial.

En el capitulo décimo el Profesor Asociado Doctor de la Universidad Pablo de Olavide y Letrado Coordinador del turno de Oficio de Protección de Menores del Colegio de Abogados de Sevilla, Dr. Pablo Abascal Monedero, dedica el capitulo al Interrogatorio del letrado a los peritos en los procedimientos de protección de menores. El profesor analiza la prueba pericial, citando las sentencias judiciales más significativas, y examina el modo de llevarse a cabo el interrogatorio del letrado a los peritos intervinientes en el procedimiento judicial.

En el último capitulo ¿Cómo le doy una solución a este martirio de vida?, D^{ña}. Carmen Pérez Castillejo, abogada y con desempeño profesional como funcionaria tramitadora en Juzgado de Sevilla, analiza los pasos a seguir por la mujer victima de violencia de genero y cual es la documentación necesaria que debe de aportar ante las diferencias instancias, en su peregrinar como victima.

Por ultimo la coordinadora del libro, Dra. Concepción Nieto Morales realiza una Conclusión respecto a la práctica profesional.

La practica profesional, esa gran desconocida para los académicos y alumnos en general, que constituye el gran valor añadido de los técnicos que constituye el trabajo perfeccionado en el día a día.