

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Periodicidad: Trimestral
Precio de suscripción: 122,00 € (más gastos de envío).
Precio del fascículo suelto: 38,00 € (más gastos de envío).

PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Los *originales*, necesariamente inéditos hasta el momento de su publicación en el *Anuario de Derecho Civil*, pueden enviarse a Antonio Manuel Morales Moreno, Codirector de la Revista, o a Nieves Fenoy Picón, Secretaria. El envío puede hacerse a sus respectivas direcciones de correo electrónico (antonio.morales@uam.es; nieves.fenoy@uam.es), o a la dirección postal de ambos en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultad de Derecho, calle Kelsen, 1, 28049 Madrid). El envío postal incluirá el soporte informático.

Los trabajos recibidos serán sometidos a un proceso de *evaluación*, realizado por especialistas independientes, antes de decidir su publicación. El autor será adecuadamente informado.

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado
C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
Tel.: 902 365 303
Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXVII, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2014

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2014

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

NIPO (AEBOE): 007-14-001-6
NIPO (M. de Justicia): 051-14-005-2
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)¹

M.ª DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA

Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

JUDITH SOLÉ RESINA

Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

Este estudio analiza la capacidad y el poder sobre su patrimonio que se reconocen a la mujer casada. Se investiga, a través de los textos legales, la situación jurídica de la mujer casada, sobre la que han pesado importantes limitaciones, desde el siglo XVIII, pasando por la codificación española, las dos Repúblicas, el siglo XX, la dictadura para acabar en la situación actual. Las normas estudiadas que se tienen en cuenta son la legislación castellana y catalana. Pese a que se ha alcanzado la igualdad formal aún no existe igualdad completa en el ámbito patrimonial.

PALABRAS CLAVE

Capacidad, mujer casada, patrimonio, derechos patrimoniales, igualdad.

¹ Este estudio forma parte de los trabajos que se desarrollan en el seno del proyecto de investigación *La Nueva configuración de la persona física. Revisión de las condiciones personales, familiares y patrimoniales. El principio de no discriminación*. DER2010-17949. También, se inscribe en los trabajos del Grup del dret civil català (UB-UAB), 2009 SGR 221. Una síntesis del contenido se expuso en la Ponencia «Situación patrimonial de la mujer (poderes y capacidad) en la legislación española y catalana» en las *XIII Jornades d'Història del treball Les dones en el món dels negocis i en la gestió financera i del patrimoni immobiliari* (9 de maig de 2013, UB).

ABSTRACT

This study analyzes the capacity and power over their heritage which is recognized to married women. Are investigated, through the legal texts, the status of married women, about under which that have weighed important limitations, since the XVIII century, through the Spanish codification, the two Republics, the twentieth century, the dictatorship and the current situation. The legislations which are studied are Spanish law and the law Catalan. Despite the fact that has been achieved formal equality does not yet exist complete equality in the field patrimonial.

KEYWORDS

Capacity, married woman, property, rights, equality.

SUMARIO²: 1. *Introducción: los presupuestos.* 1.1 La norma siempre va por detrás. 1.2 Los modelos legales.—2. *Contexto.* 2.1 Determinación de la materia. 2.2 Fijación de la normativa.—3. *Los Decretos de Nueva Planta (SIGLO XVIII).* 3.1 Derecho castellano. 3.2 Derecho catalán.—4. *La codificación decimonónica.* 4.1 Avatares y principios. 4.2 La Primera Republica (1869). 4.3 El Código civil de 1889.—5. *Siglo xx.* 5.1 La Segunda Republica (1931). 5.2 La Compilación de derecho civil de Cataluña (1960). 5.3 Las leyes de modificación del Código Civil. 5.3.1 Ley de 24 de abril de 1958. 5.3.2 Ley 56/1961 de 22 de julio. 5.3.3 Ley 14/1975 de 2 de mayo. 5.3.4 El título preliminar del Código civil. 5.3.5 De Castro *versus* Lacruz Berdejo.—6. *De la Constitución de 1978 a la actualidad.* 6.1 La consecución de la igualdad formal. 6.1.1 Instrumentos internacionales. 6.1.2 La Constitución española de 1978. 6.1.3 La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. 6.1.4 La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. 6.1.5 La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. 6.1.6 La Ley 40/1999, de 5 de noviembre, de nombres y apellidos y orden de los mismos. 6.1.7 La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. 6.1.8 La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. 6.1.9 La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 6.1.10 Las reformas más significativas del ordenamiento jurídico catalán que inciden en el ámbito patrimonial de la mujer casada y/o madre. 6.2 La mujer comerciante. 6.3 Igualdad formal y desigualdad material. 6.3.1 Pactos en previsión de una ruptura matrimonial. 6.3.2 El valor del trabajo para el

² M.^a del Carmen GETE-ALONSO es autora de los epígrafes 1 a 5 (inclusive). Judith SOLÉ RESINA, es autora del epígrafe 6. La referencia completa de las obras citadas se hace al final, en el apartado Bibliografía.

hogar y del trabajo para el otro cónyuge en los regímenes matrimoniales. 6.3.3 El ejercicio de las responsabilidades parentales tras la crisis matrimonial. 6.3.4 La atribución o distribución del uso de la vivienda tras la crisis matrimonial y el cumplimiento de las obligaciones por razón de la vivienda. 6.3.5 La más novedosa doctrina jurisprudencial con relación al derecho de daños morales en materia de derecho de familia.

1. INTRODUCCIÓN: LOS PRESUPUESTOS

Antes de entrar en el desarrollo de la materia: el patrimonio de la mujer, en concreto, el poder y la capacidad que se le ha reconocido a lo largo de la historia, en especial desde el siglo XVIII, llamado de las luces y de la razón, hasta los primeros años del presente siglo XXI, adjetivado como el siglo de la información y la digitalización, es obligado explicar determinados puntos de partida que tienen en cuenta las normas a la hora de reconocer poderes, derechos y deberes.

Presupuestos que se ciñen a los hechos y a las situaciones previas³ a la regla jurídica, que ésta toma de la realidad social para dotarles de una determinada regulación. Uno de estos tiene que ver con la manera en que se produce el Derecho como ciencia social; otro, más técnico jurídico, deriva de cómo se opera a la hora de decidir el contenido. Ambos, en todo caso, han confluído y confluyen en el quehacer jurídico a lo largo de la historia en general y de la historia del derecho, en particular.

1.1 LA NORMA SIEMPRE VA POR DETRÁS

Conviene recordar que el Derecho siempre es un *posterius*, es decir, que como Ciencia social actúa sobre una realidad ya desarrollada e, incluso, ya consolidada, más o menos, en un momento temporal determinado. El Derecho interviene como respuesta al hecho social que se ha producido antes o a la situación preexistente. El objeto de regulación, que se vuelca en la norma (genéricamente en las leyes), son los concretos intereses y asuntos para los que la sociedad reclama una determinada respuesta (*ubi societas ibi ius*). La regla jurídica, es decir los mandatos, derechos y deberes contenidos en las normas, fruto de los órganos a los que se atribuye potestad para crearlas e imponerlas, en la mayoría de los casos coincide con lo que existe (preexiste) en la sociedad, tanto en lo que se refie-

³ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua (23.ª ed), el significado del verbo presuponer (del que deriva presupuesto) es requerir o considerar algo como condición previa.

re al hecho, situación o conducta en sí (convivencia de dos personas, el nacimiento de una persona, el acuerdo entre las partes) como en la regla jurídica adoptada (que se considere la unión, que exista jurídicamente la persona, que obligue el acuerdo).

Sin embargo, la coincidencia entre lo previo que se regula y la norma, en la mayoría de los casos, por no decir en todos, puede presentar un cierto desajuste porque la regla adoptada sea una regla matizada. A su vez, si se pasa a la aplicación de la norma, a lo largo del transcurso del tiempo, en contacto con la evolución del día a día de la sociedad, pueden presentarse desajustes entre la regulación llamémosle oficial y la manera en que se aplica a la resolución del conflicto. Es aquí donde tiene cabida la técnica jurídica, lo que de artificial, magia en cierto sentido, tienen los conceptos jurídicos.

Realidad social, donde se incluyen sus valores, principios y, en definitiva la cultura⁴, y regla jurídica (los mandatos, prohibiciones y concesiones) no siempre coinciden. No es infrecuente, ni debe llamar la atención que exista un desfase, en el transcurso del tiempo, entre lo que está regulado y lo que se ejercita de hecho por las personas, entre aquello y su aplicación. La realidad siempre va, y así debe ser, por delante de la norma.

Puede suceder, en particular en momentos en los que la actividad legislativa no es ágil⁵, que la ley presente una regulación que, sin estar derogada (porque para ello es necesario una norma expresa o contraria que la deje sin efecto), en la práctica ordinaria no se cumpla; que, en el devenir de la realidad se desarrolle una conducta respecto de la que se origine una percepción diferente sino contraria a la regla (ley) vigente. En definitiva, no es infrecuente que se instaure en la sociedad a través del día a día una situación alegal⁶

⁴ Entendida la cultura como el conjunto de modos de vida, costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, predicada de un grupo social en un lugar geográfico determinado.

⁵ Sobre todo se puede hablar de la falta de agilidad, dentro del periodo histórico que abarca este estudio, en relación con la creación legislativa de los siglos XVIII y XIX, donde aún no estaban consolidadas las nuevas organizaciones de las naciones. En la actualidad, en el siglo XXI, asentada la democracia y la manera de actuar de los órganos encargados de elaborar y aprobar las leyes (los parlamentos) no obstante ser más rápida la respuesta normativa a una cuestión o asunto, también existe un tiempo en ajuste al reclamo social, desde que se evidencia hasta que se decide si debe o no regularse (por factores varios, entre ellos, ideológicos y por supuesto, los intereses políticos de los partidos, tanto de los que gobiernan como de los que participan).

⁶ La *a-legalidad* debe diferenciarse de la *ilegalidad*. Mientras ésta implica un juicio negativo, ilegal es lo contrario a la ley, en concreto, lo que se opone a una norma prohibitiva o imperativa que se infringe, la *a-legalidad* no comporta ninguna valoración ni en un sentido ni en otro, es lo que está fuera de la ley, que no está previsto en la misma ni para prohibirlo ni para admitirlo. La situación de *a-legalidad*, generalmente se produce respecto de conductas o situaciones que son nuevas, en la sociedad, bien totalmente, porque responden a los avances de la técnica y aún no existe una respuesta normativa (piénsese en los primeros trasplantes de órganos, o en las técnicas de reproducción asistida) bien porque son situaciones viejas con nuevas percepciones, es decir el cambio de las ideas, de los

para la que, después de su reiteración y de los conflictos que se suscitan, se reclama una intervención legal determinada.

La evolución de la sociedad, *rectius*, de las percepciones y valoraciones de las conductas humanas, de los principios por los que actúa, de las situaciones y poderes que se reconocen y otorgan a las personas, no siempre va unida y corre paralela a la de la norma jurídica vigente que contiene la regla. La atribución de un derecho por la ley, generalmente obedece a que ese poder (que es el derecho) preexistía antes y se admitía como tal (el valor cultura de la sociedad), pero no es garantía de que el derecho (poder) se reconozca cómo y con la misma amplitud con que lo reclama la sociedad. De la misma manera que la negativa a admitir algo, o el veto a una conducta o al ejercicio de un derecho que está en la ley puede aparecer desmentida o aminorada en la realidad práctica, que no sólo es que no la aplique sino que, incluso puede instaurar una manera de hacer contraria.

De ahí, como se decía inicialmente, la importancia del dato de la posteridad del Derecho, de que la regulación no acostumbra a adelantarse a los valores o principios de una determinada sociedad y cultura, siempre con referencia a un período (época) temporal concreto.

Así que para tener una visión más real de los poderes que se reconocen a la mujer en el ámbito patrimonial las reglas jurídicas que las recogen se han de interpretar en cada momento, en el contexto social, cultural y político, porque, en cualquier estudio sobre la posición de la mujer el ejercicio de la interdisciplinariedad es imprescindible para comprender adecuadamente la situación global⁷. No podemos dejarnos llevar del espejismo del reconocimiento o atribución legal de un derecho del que pueda desprenderse una cierta igualdad a favor de la mujer, como tampoco el silencio normativo significa que no exista un determinado poder o forma de hacer admitido por un amplio sector de la sociedad y que actúa *de facto*. La situación de hecho, *rectius* la puesta en práctica de un poder de hecho que se reitera no sólo es signo del desarrollo, de la evolución de las ideas y valores sino también dato a tener en cuenta para la regulación.

En este trabajo presentamos una síntesis de la evolución de las normas de derecho privado en las que se delimita el poder jurídico y la capacidad que se han reconocido a las mujeres sobre su patrimonio, con una acotación normativa clara. En el panorama jurídico

valores y los juicios (como la configuración de la adopción de una persona, o del matrimonio, por ejemplo).

⁷ Sobre esto, ORTEGA LÓPEZ, *op. cit.* «Una reflexión», pp. 161 y ss.

que discurre desde el siglo XVIII hasta el presente, nos ceñimos preferentemente a la legislación española, *rectius*, la castellana⁸ y la catalana (sin perjuicio de que para la legislación vigente se considere la normativa de otras Comunidades Autónomas).

Conviene recordar que una de las peculiaridades del sistema jurídico español, a lo largo de la historia general y de la del derecho en particular, es la pluralidad de ordenamientos jurídicos civiles que coexisten en situación de igualdad (art. 149.1.8.^a CE). Una pluralidad de normas que no es una innovación de la actual norma constitucional, sino una constante a lo largo de la historia. En efecto, ésta hunde su raíz en la concurrencia temporal de distintos reinos en la geografía peninsular que la Constitución de 1978 hace suya, a través de la organización del estado, con el reconocimiento de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE) y el reparto de competencias entre las Comunidades Autónomas y aquél (arts. 148, 149 y 150 CE).

Además del dato de la posteridad del Derecho se ha de hacer hincapié en *el principio de legalidad* (art. 9.3 CE) común a los sistemas jurídicos continentales de los países que pertenecen al ámbito del *Civil Law*, donde se incluyen los derechos español (castellano) y catalán. Interesa destacar que en estos sistemas las leyes (normas) se elaboran y aprueban por el poder legislativo y, en su caso, por el ejecutivo (el gobierno). Los tribunales y los jueces tienen encomendada la función de cumplir y hacer cumplir la norma (art. 117.3 CE) e interpretarla, carecen de potestad legislativa y la sentencia es ley únicamente para el caso concreto. El denominado precedente jurisprudencial no tiene, en sí, valor normativo ni obliga a los demás tribunales, aunque cuando la doctrina judicial pro venga del Tribunal supremo pueda tener más relevancia a la hora de juzgar otro asunto similar (que es lo que recibe el nombre de jurisprudencia). En todo caso es importante saber que, ni una determinada interpretación judicial de la norma en la que se matice ésta, ni el desuso afecta a su vigencia.

Este principio de legalidad provoca, y así ha ocurrido en algunos períodos de nuestra historia⁹, un conflicto entre la norma establecida –que obedece a un determinado contenido ideológico– entre lo que está vigente, y lo que se percibe en la sociedad, que si no se ha corregido, puede llegar a matizarse por algunos tribunales a la hora de aplicarla; pero siempre con el valor y carácter particular, debido a la carencia de fuerza normativa de la doctrina judicial. La jurisprudencia, con todo, es una fuente de doctrina importante

⁸ Más adelante se explica, en el apartado 3.1.

⁹ Sobre todo en la época de los cuarenta años de la dictadura franquista (1936 a 1975).

en la medida que puede impulsar una reforma legal y es índice de que la norma vigente no se ajusta a la necesidad de la sociedad.

1.2 LOS MODELOS LEGALES

Otra cuestión acerca de la que debe llamarse la atención, sobre todo si se efectúa el análisis histórico de una materia jurídica, es el carácter llamémosle parcial, hasta cierto punto, que puede predicarse de las reglas que se plasman en las normas escritas.

La tónica general de las normas de derecho privado (las que interesan en el presente estudio), que son las que regulan las relaciones entre las personas y los poderes (derechos) y deberes (obligaciones) que les afectan, tanto en la dimensión individual (la persona) como social (incardinación en los grupos, situación), salvo en épocas más recientes, fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo xx¹⁰, es que se efectúan a partir de un *modelo standard* que es el que forma parte del supuesto de hecho de la norma¹¹. Modelo respecto del que se predica la regulación.

Acudir o tomar un modelo no es algo nuevo sino que es una constante a lo largo de la historia del derecho, aunque se acusa más a partir del siglo xvii y de la tecnificación de la ciencia jurídica, de mano de las construcciones generales de la doctrina de los iusnaturalistas racionalistas (Grocio, Puffendorf).

Tampoco debe olvidarse en este punto que lo común en todos los ordenamientos jurídicos que forman parte del sistema del *Civil Law* es el origen romano-germánico de los modelos y de la regulación. Expresado de otra manera, que la raíz de la que parten las normas, incluso las vigentes, proviene de las reglas del derecho romano y de aquellas de los pueblos germanos que se adoptaron por los diversos reinos españoles, a lo que se agregan las normas canónicas. Influencias que persisten en la regulación, en muchas ocasiones, hasta la actualidad o época muy reciente¹².

A la hora de regular para cada situación, hecho o conducta que se considera en la norma se toma un patrón a partir de la realidad, de lo que existe en la sociedad, que se erige en la base y en función

¹⁰ A raíz de la finalización de las Guerras europeas; fundamentalmente de la Segunda Guerra Mundial. *Vid.*, con referencia a la familia, la explicación de VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit. La disciplina constitucional*, en el Capítulo IV, pp. 161 y ss.

¹¹ La estructura de la norma jurídica es: supuesto de hecho (la realidad a la que se regula) y la consecuencia jurídica (el mandato o la regla que se impone).

¹² Como puede ser, por ejemplo, la prohibición de que la mujer pudiera otorgar fianza a favor de su marido que, proveniente del derecho romano (senadoconsulto Veleyano y la auténtica *Si qua muller*) se mantuvo, en el derecho castellano hasta los albores del Código civil (1889) y en el derecho catalán hasta el texto refundido de la Compilación de 1984.

de él se prevé la regla: la persona, la familia, el poder sobre las cosas, o la fuerza del pacto. En la norma, en la ley, ese supuesto de hecho de la realidad existe y, según el momento histórico y, también, la técnica jurídica, se identifica más o menos (depende de la abstracción en que se presente) con la variedad y matices que existen en la sociedad, pero no siempre tiene porqué ser así. Es el desfase jurídico, uno más, que se puede detectar y que ha de apreciarse a la hora de valorar el alcance real de la regulación. Por poner un ejemplo relativo al asunto que nos entretiene, la implantación del régimen liberal a partir del siglo XVIII, que supuso el reconocimiento del individuo, de los derechos de las personas y la proclamación de la igualdad no llevó a que se adoptara un modelo jurídico de persona y de familia acorde con las declaraciones generales, sino, a contrario, implicó una configuración sesgada pues tomó como referencia a una determinada clase social nueva: la burguesía; se pretendía recoger, lo que ya existía pero también aquello a lo que se aspiraba. La base romano –canónica– germana¹³ más la nueva organización social, económica y política. La ideología patriarcal heredada de las épocas anteriores no se superó sino que, a contrario, junto a los planteamientos filosóficos, religiosos y con el apoyo de la ciencia médica, se mantuvo a la hora de delimitar la situación legal de la mujer y el modelo a adoptar¹⁴.

A ello, a partir del siglo XIX, en el ámbito europeo se agrega la técnica jurídica de codificar las normas, ante la necesidad de fortalecer el nacionalismo de cada pueblo iniciado desde la caída del *Ancien Régime* (1789) y reforzado por la elaboración de textos fundamentales (las constituciones). La codificación se caracteriza, además de por la sistematización y ordenación de las reglas en un solo cuerpo legal según la materia¹⁵, por la generalización y porque se actúa sobre los modelos y los principios que introduce el nuevo sistema liberal. Una abstracción de la persona, de la mujer, de la familia a partir del estándar que las fuerzas políticas incluyen en los textos constitucionales y en las declaraciones de derechos de las personas. De donde, como se venía diciendo, la probable parcialidad y desfase de las normas jurídicas respecto de las relaciones sociales y la actuación (y apreciación) de las personas¹⁶.

¹³ Que, en nuestro país está representada por el *Liber Iudiciorum* (el *Fuero Juzgo*), además de las costumbres y otras normas propias.

¹⁴ ÁLAMO MARTELL, *op. cit.*, «La licencia marital», p. 361.

¹⁵ La civil en el Código civil, la penal en el Código penal, la mercantil en el Código de comercio..., etc.

¹⁶ Desde la actualidad VALPUESTA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, *La disciplina constitucional*, p. 253) explica cómo «(...) la *democracia burguesa* que había inaugurado la transformación política que surgió tras los acontecimientos revolucionarios franceses, había demostrado /después de la segunda guerra mundial/ su ineficacia para garantizar las cotas

De hecho, se ha de esperar a épocas más próximas temporalmente, al momento en que se empiezan a desarrollar con mayor realidad y efectividad los derechos de las personas, lo que se produce a partir de la segunda mitad del siglo XX, para que el modelo legal sea más amplio, abarque, ahora sí y realmente, a toda la sociedad y a todos sus miembros (mujeres y clases) no a un sector concreto y sesgado.

Las normas jurídicas vigentes, también parten de un modelo, pero, en ellas el desfase del que se ha hablado, en cierto modo se corrige; la depurada técnica y los principios que inspiran la regulación, facilitan y procuran, cada vez más, el acercamiento a la realidad. Pero ello no quita, porque es inevitable, que el legislador siempre tenga en mente un modelo, que es el que nos permite explicar lo que hay. Sin perjuicio, por supuesto, de todas las matizaciones que se hayan de introducir, y de las críticas pertinentes¹⁷.

2. CONTEXTO

Adentrándonos en el tema, el patrimonio y la actuación económica de la mujer, los poderes de administración y gestión que jurídicamente se le atribuían y la capacidad que se le reconocía, aun son necesarias ulteriores precisiones. Una relativa a la determinación de la materia, otra a la normativa.

2.1 DETERMINACIÓN DE LA MATERIA

Para explicar adecuadamente el poder de la mujer sobre su patrimonio conviene, primero, identificar jurídicamente éste en la

de participación social que requiere este sistema de gobierno, entre otras razones, por el elitismo de una clase social, la burguesa, que había monopolizado en su favor los réditos del cambio, acaparando el poder político y social».

¹⁷ Destaca VALPUESTA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, Tratado, capítulo 10) que, en la actualidad, del siglo XXI, «(...) cuando se hace referencia a las mujeres nos referimos a ellas en plural con el fin de reflejar su propia diversidad. Y en efecto, hace ya tiempo que se superó una visión unitaria e uniforme de la mujer, que la presentaba como un sujeto que representaba a modelos de iguales e invariables de acuerdo a imágenes muy esencialistas –María, Eva, u otras que la literatura, la cultura o la imaginación popular ha ido creando–, que se han transmitido hasta formar parte del imaginario colectivo. Unas imágenes, desde luego, muy diferentes de la de los hombres, pero, sobre todo, que reflejan una visión atemporal y a-histórica de las mismas (Como dice Celia AMORÓS: ni iguales ni idénticas). Por el contrario, éstas, al margen de la experiencia compartida en una sociedad estructuralmente machista, que le ha dado unos rasgos comunes, representan una gran variedad de tipos y modelos, consecuencia de circunstancias diferentes como pueden ser la clase social, la etnia, la religión, la cultura, pero también su condición de madre, de responsable de hogar, de maltratada, de trabajadora...; de ahí, que se hable de mujeres para reflejar la multiplicidad de situaciones en las que pueden estar inmersas, incluso en la cultura occidental, pues son muchos los cambios que se han operado en su comportamiento y situación».

época a la que nos referimos, en particular en los siglos XVIII y XIX. El análisis sería erróneo si operáramos con los conceptos y valores actuales, pese a que éstos deriven de lo anterior, sean una evolución de aquéllos.

En el período que nos ocupa se ha de distinguir la mujer soltera de la mujer casada, pues el poder de ésta en el ámbito patrimonial está vinculado a la capacidad de obrar que se le reconoce¹⁸. Mientras que la mujer soltera, mayor de edad, a partir de la época indicada, casi se equipara al hombre, no sucede lo mismo para la mujer casada. De otra parte, es importante recordar que la persona menor de edad, sea hombre o mujer, está sometida a la potestad del *pater familias* y por lo que hace a los patrimonios de los que es titular, según la calificación de éstos ha de actuar con la intervención de la autoridad paterna¹⁹.

La capacidad de obrar de la mujer casada, contrariamente, debido al modelo de matrimonio y de familia del que partían las normas, desde la época que nos entretiene, se configura con criterios de importante limitación. El poder hegemónico del marido en la organización y dirección de los intereses personales y económicos del matrimonio y de la familia creada en base a él comportó, hasta los años 70 del siglo XX, una posición jurídica de la mujer inferior, de sometimiento personal y patrimonial y un recorte, más o menos acusado en los poderes de administración y gestión de los bienes, como se tendrá ocasión de comprobar más adelante.

De otra parte, el destino «natural» (modelo) de la mujer a formar una familia derivada de una unión matrimonial, que se empezó a imponer lleva a tener en consideración no sólo lo que, en términos actuales es el patrimonio personal de ésta sino, obligadamente, los bienes que forman parte de la economía matrimonial respecto de los que bien ella puede ser propietaria o bien puede haber cedido su administración al marido, o éste ser el único administrador, o reconocérsele (a ella) facultades de administración limitadas.

Así que cuando nos referimos a la mujer, prácticamente hasta 1980, una de las constantes, es que su patrimonio personal y el patrimonio del régimen económico matrimonial (familiar) están interreleccionados, tanto por la autoridad del marido en el matrimonio, como por la especial configuración de determinados bienes de la mujer (los que integran la dote) que forman parte y se configuran

¹⁸ Se entiende la capacidad de obrar como la aptitud para realizar actos jurídicos eficazmente, por sí, sin necesidad de contar con la intervención de otras personas. Los actos jurídicos realizados por personas que tienen capacidad de obrar, si reúnen los requisitos que se exigen en cada caso, son inamovibles.

¹⁹ Acerca de la situación patrimonial del menor de edad y de su capacidad remito a GETE-ALONSO y CALERA, *op. cit.*, *La nueva normativa*, pp. 22 a 24

para la sustentación de las cargas matrimoniales. El modelo normativo, en cierto modo alejado de la realidad social al menos en el momento inicial, es el de la mujer burguesa situada en la incipiente clase media que no tiene una ocupación profesional propia, y por lo tanto que carece de ingresos económicos excepto los derivados de sus bienes de los que conserve la administración. Una mujer a la que se relega al ámbito doméstico (el trabajo en el hogar)²⁰ en el que desarrolla su actividad y que, en algunos casos, según la composición de su patrimonio o el familiar (los bienes del esposo o los adquiridos durante el matrimonio), participa en la explotación de los negocios o empresas del marido o las familiares que hubiera heredado²¹.

En consecuencia, patrimonio personal de la mujer, como conjunto de bienes y derechos propios, particulares o privativos suyos (que se conoce, en el período temporal que nos ocupa bajo el nombre de bienes parafernales)²²; pero también, el patrimonio familiar: los bienes de la mujer que integran el régimen económico matrimonial, bienes ya de ella (privativos) ya aportados en dote (patrimonio dotal) ya comunes (de ambos cónyuges). Los bienes dotales forman parte del régimen del matrimonio pues se configuran como la aportación de la mujer al mantenimiento de las cargas familiares.

Las facultades de gestión y administración de la mujer sobre dichos bienes, además, dependen y han dependido, desde el derecho romano, del modelo de régimen económico matrimonial que rige en un ordenamiento determinado; no es lo mismo un régimen comunitario, más o menos amplio (de comunidad absoluta o de comunidad relativa) que los regímenes de separación, en los que juega una importante función el patrimonio dotal. El contraste se observa, sobre todo, en los ordenamientos que tomamos como referencia, entre el régimen comunitario del Código civil español (gananciales) y el del Código civil de Cataluña (separación de bienes).

Finalmente, a partir del momento en que en el ordenamiento se admite la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges por el

²⁰ Que es invisible, en el sentido de que no se valora económicamente ni, tampoco se tiene en consideración, como en cambio sí sucede en la actualidad, por la norma jurídica.

²¹ SOLÀ PARERA, *op. cit.*, «Las mujeres como productoras», p. 250 explica, con referencia a los siglos XVIII y XIX que «Algunas ejercieron de matriarcas, sobre todo cuando eran propietarias del negocio vía herencia o habían aportado una dote elevada a su matrimonio. Fueran usufructuarias o propietarias, solteras, casadas o viudas, ninguna vendió el negocio y a mediados del siglo XIX —cuando el discurso de la domesticidad empezó a tener mayor predicación— tampoco se desprendieron del taller (...).

²² Literalmente el término parafernales, que proviene del griego, significa bienes que están fuera de la dote, es decir que no se integran en ella y, por lo tanto, tienen un régimen diferenciado. En el Codex V, 14,8, se lee que, «(...) his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt...»; en Digesto 23,3,9§ 2,;» (...) si res denturin ea quae Graeci (praeter dotem illata) dicunt...»

divorcio, las consecuencias económicas que se derivan, sobre todo en los casos en que existe descendencia común, influyen en el patrimonio de la mujer, al menos por lo que respecta a sus fuentes de ingresos y a los poderes que se le reconocen.

Patrimonio personal –patrimonios en el régimen económico matrimonial– consecuencias económicas de la disolución por divorcio: las materias delimitadas.

2.2 FIJACIÓN DE LA NORMATIVA

¿A partir de qué momento se toma en consideración la normativa sobre los derechos de las mujeres en relación al patrimonio? Quizá, la pregunta formulada pueda sonar retórica pues, como resulta del mismo título de este trabajo, está claramente señalado el momento: desde la implantación del régimen liberal-constitucional. Pese a ser cierto, los caracteres y las peculiaridades de la Ciencia jurídica, de los sistemas jurídicos y del nuestro en particular, imponen precisiones importantes.

El punto de arranque, como no podía dejar de ser, se sitúa en la caída del *Ancien Régim*, en el cambio que se inicia en Europa a partir de la Revolución francesa (1789) y en general en la nueva organización, valores y principios derivados de ella. Pero por lo que se refiere a Cataluña y a España, para entender adecuadamente la situación de las normativas delimitadas debemos situarnos unos años antes, cuando aún estaba vigente la monarquía absoluta.

En concreto, nos hemos de remontar a los *Decretos de Nueva Planta* dictados a raíz de la victoria de Felipe V como castigo a los territorios que le habían sido rebeldes en la guerra de la sucesión (1707 para Aragón y Valencia –1711 para Aragón– 1715 de Mallorca y 1716 para Cataluña). Decretos que, como es sobradamente conocido, supusieron la imposición del poder soberano y absoluto del monarca, la abolición de los órganos de gobierno y de la potestad legislativa de cada uno de los reinos y la extensión de las normas castellanas a los demás, salvo en aquellos territorios (como Cataluña) a los que se permitió mantener su derecho civil propio (si bien, sin posibilidad de desarrollo legislativo).

La consecuencia más importante que se sigue de la realidad normativa de los Decretos de Nueva Planta es, de una parte que, excepto en los territorios que conservaron sus normas, en el resto regían las reglas del derecho castellano. De ahí la confusión que, a veces, parece que se produce entre el derecho español y el derecho castellano. No es ésta la situación de Cataluña que mantuvo su derecho civil propio, si bien mermado dado que no podía modifi-

carlo al haber perdido la potestad de legislar. De otra, que esta precariedad provocó que, al ser los jueces en su mayor parte de procedencia no catalana, se tendió a ignorar, cuando no a intentar aplicar el derecho castellano a relaciones regidas por derecho propio; situación que llevaba a la necesidad de probarlo y defenderlo.

En el derecho privado, la confrontación y la permanente necesidad de establecer los límites de separación entre uno (el derecho castellano, contenido en el Código civil español) y otro (el derecho catalán, recogido en el Código civil de Cataluña) desde ese momento y, prácticamente hasta hoy en día, se convertirá en una constante. Lo que se ha manifestado particularmente, en la normativa relativa a la posición de la mujer respecto de su patrimonio y en general en su situación y consideración en las normas jurídicas.

A fin de que la exposición sea más clara, se distinguirá atendiendo a los períodos históricos desde la perspectiva jurídica, que no coinciden exactamente con las divisiones históricas habituales en otras disciplinas. Los apartados en los que dividimos el trabajo son cuatro: 1.º El siglo XVIII, partiendo de los Decretos de Nueva Planta; 2.º La codificación decimonónica, donde se incluyen sus avatares y la Primera Republica; 3.º La primera parte del siglo XX: la Segunda Republica, las Compilaciones y las leyes de modificación del Código Civil; 4.º De la Constitución española de 1978 a la actualidad.

3. DE LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA (S. XVIII)

En lo que se refiere a nuestros ordenamientos civiles (el castellano y catalán), como se ha dicho, con carácter previo a la influencia, en su caso, que tuvieron los nuevos valores provenientes de los principios revolucionarios y la instauración de las nuevas maneras de organización derivada de aquéllos, se ha de considerar la situación producida a raíz de los Decretos de Nueva Planta.

El *Decreto de Nueva Planta de la Real Audiencia de Cataluña*, expedido en Madrid el 16 de enero de 1716 (recogido en la Ley 1.ª título 9, del libro V de la Novísima Recopilación de España), después de proceder a la unificación indicada, dispuso en el capítulo 42: «En todo lo demás que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este decreto, *mando se observen las constituciones que antes había en Cataluña; entendiéndose que son de nuevo establecidas por este decreto y que tienen la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en él*».

Señalaba, comentándolo Brocà²³ que «En consecuencia, quedaron nuevamente sancionadas las disposiciones civiles particulares de Cataluña, vigentes al formarse la última compilación en 1704: Usajes, Constituciones, Capítulos y Actos de Cortes, Costumbres generales y particulares, Pragmáticas, Privilegios, Concordias, Sentencias y Bula, y quedó en vigor la Constitución del año 1599 determinativa del Derecho que debía observarse en Cataluña, con inclusión del supletorio». Conforme a la Constitución de 1599, en la que quedaron fijadas de manera definitiva²⁴ las fuentes del derecho de Cataluña²⁵ el derecho al que se había de acudir supletoriamente, es decir cuando la norma no regulaba una determinada cuestión, era el derecho romano y el derecho canónico. Dato éste muy relevante pues implicaba que no se pudieran aplicar, en Cataluña, las reglas contenidas en la legislación castellana, pese a los diversos intentos que, durante los siglos XVIII y XIX y una parte del siglo XX se produjeron en este sentido. Las normas relativas al patrimonio de la mujer eran las del derecho romano, matizadas por las disposiciones propias respecto de los bienes dotales (básicamente contenidas en los *Usatges* y en algunos privilegios). En todo caso, el régimen económico del matrimonio de Cataluña era el de separación de bienes, con dote, llamado régimen dotal; régimen que se mantiene hasta el siglo XX (Compilación de derecho civil especial de Cataluña de 1960), momento a partir del cual, el desuso de la aportación de dote, en la práctica lo convierte en un régimen de separación absoluta.

En lo que afecta al derecho castellano, las reglas, vigentes en el siglo XVIII, sobre los bienes de la mujer casada son las de las *Leyes de Toro* (1505)²⁶ que se integraron en la Novísima Recopi-

²³ BROCÀ, *op. cit.* *Historia del Derecho de Cataluña*, p. 425.

²⁴ Así se indica por PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *op. cit.*, *Fundamentos*, I (2.^a ed.), pp. 36 y 37.

²⁵ Es el capítulo 40 de las Cortes de Monzón (Felipe II de Cataluña-III de Castilla), en el que se lee «*Axi be statuum, y ordenam ab loatio y approbatio de la present Cort, que los Doctors del Real Consell hajan de decidir, y votar les causes ques portaran en la Real Audientia conforme, y segons la dispositio dels Usatges, Constitucions, y Capítols de Cort, y altres Drets del present Principat, y Comtats de Rosselló, y Cerdanya, y en los casos que dits Usatges, Constitucions, y altres Drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons la dispositio del Dret canonic, y aquells faltant del Civil, y Doctrines dels Doctors, y que no les pugan decidir, ni declarar per equitat, sino que sia regulada y conforme a les regles del dret comú, y que aportan los doctors sobre materia d'equitat*».

²⁶ Las Leyes de Toro se dictaron ante las contradicciones que existían en la práctica judicial a la hora de aplicar los textos que había, en especial las Partidas, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá y los que provenían de los Fueros municipales (LASSO GAITE, *op. cit.*, *Crónica*, Vol. I, pp. 38). En gran parte, son leyes nuevas que se discutieron en las Cortes de Toro de 1505. De ahí que, aunque recogieron principios anteriores no siempre lo hicieran. Es lo que sucede, como se verá, respecto de la situación de la mujer en donde se adopta un criterio de restricción de la libertad de la mujer casada para disponer de sus bienes.

lación (1804). El derecho de Castilla, como es sabido, además de las leyes citadas, se contenía en diversos textos normativos publicados durante el reinado de Alfonso X el Sabio, en especial el Código de las Siete Partidas (1254-1261)²⁷ donde se hacía trasunto del Digesto y del Derecho canónico, normas que estuvieron en vigor hasta 1889 (Código civil). Con posterioridad, el Ordenamiento de Alcalá (1348, promulgado por Alfonso XI) donde se establecía el sistema de fuentes (Leyes 64 y 65 del título XXVIII)²⁸. El régimen de bienes matrimonial castellano era el de gananciales.

Respecto de la mujer menor de edad, tanto en el derecho catalán como en el castellano, regían los principios derivados del derecho romano, únicamente matizado por algunas reglas propias, pero como se ha dicho, las desviaciones de las reglas generales, se producen respecto de la mujer casada, de ahí que nos ciñamos a éstas.

Salvo las reglas propias, por lo tanto, el derecho romano-canónico estaba en la base de ambos ordenamientos, si bien, se ha de agregar, no exactamente con la misma interpretación y alcance. No debe olvidarse que, en el ámbito del derecho privado la costumbre, es decir la práctica reiterada de una conducta con conciencia, convencimiento de su valor obligatorio (*opinio iuris*), es una fuente propia de normas jurídicas. Fuente que es la manifestación de esa realidad previa a la que se ha hecho mención.

En todo caso, a salvo de las normas propias de cada uno de los derechos que se analizan, tanto el castellano como el catalán, en el tema que nos ocupa, tienen su punto de arranque en los valores del derecho romano, y en cuanto a los de origen germano los cristali-

²⁷ Las *Partidas IV a VI* son las que recogen las instituciones de derecho privado. *Partida IV*: el matrimonio y la filiación, que revela una fuerte influencia de las reglas del Derecho canónico (las Decretales de Gregorio IX), en lo que se refiere a los bienes matrimoniales (dote, donaciones) sigue el derecho romano y prescinde del derecho consuetudinario; *Partida V*: los contratos y las estipulaciones, donde se recogen prácticamente las reglas romanas aunque con las modificaciones de normas propias, como la admisión del principio de libertad de forma en los contratos; *Partida VI*: el derecho de sucesiones, netamente de influencia del derecho romano.

²⁸ El contenido de estas Leyes pasó a ser *la Ley 1 de Toro*. El orden de fuentes que establecía, y éstas mantuvieron, se describe en la misma « (...) queriendo poner remedio conveniente a esto, establecemos e mandamos, que los dichos fueros /se refiere a los de las ciudades y villas/ sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquello que Nos falláremos que se deben enmendar é mejorar, y en lo al que son contra Dios y contra razón, e contra las leyes que en este nuestro libro se contienen; por las cuales leyes de este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pelitos civiles é criminales; é los pleitos é las contiendas que no se pudieren librar por las leyes de este nuestro libro é por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes de las Siete Partidas, que el Rey don Alfonso, nuestro bisabuelo, mandó ordenar, como quier que fasta aquí no se falla que fuesen publicadas por mandado del Rey, ni fueron habidas ni recibidas por leyes; pero Nos mandamos las requerir e concertar, y enmendar en algunas cosas que cumplia, é assi concertadas y enmendadas, porque fueron sacadas de los dichos de los Santos Padres é de los derechos é dichos de muchos sabios antiguos, e de fueros é costumbres antiguas de España, dámoslas por nuestras leyes (...)».

zados en el Fuero Juzgo (el *Liber iudiciorum*). Conviene recordar, en este punto, que tanto en uno como en el otro, se reconoce la independencia y la libertad de la mujer respecto de sus bienes propios²⁹.

Asimismo, el advenimiento de la dinastía de los Borbones en España, supuso la entrada de la monarquía absoluta, vigente ya en el siglo anterior en Francia, que sólo se matizará durante el reinado de Carlos III, partidario de las corrientes de la Ilustración que regían en Europa, reinado en el que, tímidamente, se inició la introducción de las nuevas ideas en la geografía española.

Es importante tener en cuenta que los principios y valores de la ilustración³⁰ tardaron bastante en llegar al territorio español, fundamentalmente por la importante función, poder y control que tenía (y ejercía) la Iglesia Católica³¹. Dato al que se ha de agregar la práctica inexistencia de la clase burguesa y el general conservadurismo, que sólo hacia finales de siglo se empieza a precisar por algunos políticos y pensadores (Jovellanos, Olavide, Feijoo, Campomanes, Capmany). Matizaciones, con todo, que no se reflejan en las normas jurídicas en las que, como se tendrá ocasión de comprobar, se siguen principios y modelos muy conservadores.

La cuestión que más llama la atención, valorado desde la perspectiva actual, es que, a la larga, la centralización derivada de la monarquía absoluta no sólo provocará serios problemas sobre la vigencia de las normas propias de Cataluña, sino también conllevará un retroceso importante, pese a que pueda resultar paradójico, de los principios que eran propios (tradicionales) de la legislación castellana. La influencia francesa, sobre todo en este ámbito de configuración del modelo del matrimonio y de la familia, la función de la mujer en su seno, que arranca de la instauración de la casa de los

²⁹ En palabras de SUMNER MAINE (*op. cit. El derecho antiguo*, p. 108) «(...) la mujer romana, casada o no casada, adquirió una gran independencia para su persona y sus bienes, puesto que, por una parte, la tendencia del derecho en los últimos tiempos era, como queda insinuado, reducir a la nada los poderes del tutor, y, por otra parte, la forma del matrimonio en moda no concedía al marido autoridad alguna seria».

³⁰ Igualdad de todas las personas (desaparición de las clases sociales), propiedad privada, libertad, laicidad, admisión de la división de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial, Montesquieu) y principio de soberanía nacional (Rousseau).

³¹ Explicaba SUMNER MAINE (*op. cit. El derecho antiguo*, p. 110) que «(...) la parte del derecho relativa a las mujeres casadas ha sido leída en general, no a la luz del derecho romano, sino a la del canónico, que en nada se diferencia de la jurisprudencia tanto como en lo relativo a los lazos del matrimonio». A lo que agrega, significativamente, «Esto era en parte inevitable, porque una sociedad que conserva una tintura de instituciones cristianas, no puede dar a las mujeres casadas la libertad personal que las concedía el derecho romano medio; pero sus incapacidades en cuanto a los bienes reposan sobre una base distinta que su incapacidad personal, y, con la tendencia a conservar y a consolidar las primeras, los canonistas han hecho un daño considerable a la civilización. Quedan muchos vestigios de una lucha entre los principios laicos y los eclesiásticos; pero el derecho canónico ha prevalecido en casi todas las partes».

Borbones en nuestro país, se acrecienta a raíz de la Revolución Francesa y cristaliza en la etapa de codificación, ya en el siglo XIX con la importación de los postulados conservadores napoleónicos³².

El modelo de familia y de mujer se funda en la inferioridad de ésta respecto del marido, en la debilidad física y moral de ella y la necesidad de protección, avalado por la ciencia médica; en el seno del matrimonio es la buena esposa y madre que se dedica al hogar familiar, a las «labores propias de su sexo», sometida a aquél³³. Modelo que, como se advirtió cambia poco respecto de la época anterior pero significativamente más limitado. En general, la sociedad española del siglo XVIII era fuertemente estamental y la posición de la mujer, en el seno de la familia y la sociedad, era de notoria inferioridad, sobre todo para la mujer casada³⁴.

3.1 EL DERECHO CASTELLANO

En el momento que nos ocupa, así pues, como se acaba de mencionar, el régimen de bienes del matrimonio, en el derecho castellano, era el de gananciales. Un régimen de bienes comunitario en el que marido y mujer devenían titulares de las ganancias y de los bienes obtenidos durante el matrimonio, bienes comunes de los que el marido era el administrador nato.

El denominado principio de unidad familiar recogido en algunos fueros municipales³⁵ determinaba, en el matrimonio, limitaciones recíprocas en la capacidad de ambos consortes que llevaban a la necesidad de que actuasen de modo conjunto en los actos de disposición sobre los bienes inmuebles y para la realización de los contratos más relevantes que afectaran a la comunidad conyugal. Pero la posición preeminente del marido, como cabeza de familia y administrador único de los bienes comunes provocaba limitaciones en la mujer. A ésta, en general, respecto del resto de los bienes comunes sólo se le otorgaban las facultades de administración doméstica, es decir del día a día, los relativos a asuntos

³² Que, en Francia, encontraba precedentes entre alguno de los juristas que más influyó, doctrinalmente en el momento de redactar el Code civil. Así, las palabras que Jean DOMAT (*op. cit.*, *Les Lois*) dedica al sexo: «Le sexe, qui distingue l'homme et la femme, fait entre eux cette différence, pour ce qui regarde leur état, que les hommes son capables de toute sorte d'engagements, et de fonctions, si ce n'est que quelqu'un en foi exclus des obstacles particuliers, et que les femmes son incapables par la seule raison du sexe de plusieurs sortes d'engagements, et de fonctions» (Des personnes, Tit. II, Sect. 1, pp 37).

³³ Vid CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, *La condición social* (pp. 81 y ss), quien además justifica esta posición y consideración jurídica de la mujer.

³⁴ SÁNCHEZ GARCÍA/ZAYAS RIQUELME, *op. cit.*, «La mujer a través de los testamentos» p. 155, se refiere, literalmente a «la escasa consideración social de que gozaban» las mujeres, que se reflejaba en las restricciones que se les imponían.

³⁵ Vid, LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de Familia*, I, pp. 113 y ss.

menores. La autonomía patrimonial de la mujer casada se manifestaba únicamente para sus bienes propios o particulares –los que reciben el nombre de *bienes parafernales*– y, en lo que se refiere a la posibilidad de concertar contratos y devenir deudora, para el caso de la mujer que ejerciera una profesión, con licencia del marido.

En esta tesitura en las Leyes de Toro (1505), vigentes hasta finales del siglo XIX, en las que se tenía presente el régimen de bienes de gananciales (comunitario) se establece la *regla general de que la mujer cuente con la licencia (autorización) del marido* para los actos siguientes:

Aceptar (salvo que fuera a beneficio de inventario) y repudiar herencias (Ley 54)³⁶;

Hacer contratos, separarse de éstos, desistir y comparecer en juicio (Ley 55)³⁷.

La licencia del marido podía ser particular, para cada uno de los actos específicos pero también era válida la que éste otorgaba con carácter general (Ley 56)³⁸. En el caso de que la mujer actuara sin ella, en principio sus actos estaban viciados de nulidad, sin embargo, *a posteriori*, se podían convalidar si el marido los ratificaba ya de manera particular, ya general (Ley 58)³⁹.

El juez, cuando considerara que era legítimo o necesario, en el caso de que el marido se negara a otorgar licencia, podía compelerle para que lo hiciera y si éste no lo hacía podía dar autorización a la mujer para que efectuara el acto (Ley 57)⁴⁰. Asimismo, el juez, en los casos de urgencia, siempre que le fuere beneficioso a la

³⁶ Ley 54 (Ley 10, Título XX, Lib. X de la Nov. Recop.): «La mujer durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga ex testamento ni abintestato, pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia cualquier herencia ex testamento e abintestato con beneficio de inventario, y no de otra manera».

³⁷ Ley 55 (Ley 11, Título I, Lib. X de la Nov. Recop.): «La mujer durante el matrimonio sin licencia de su marido como no puede hacer contracto alguno, así mismo no se pueda apartar ni desistir de ningún contracto que a ella toque, ni dar por quito a nadie del, ni pueda hacer casi contracto, ni estar en juicio haciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido, e si estobiere por sí o por su procurador, mandamos que no vala lo que ficiera».

³⁸ Ley 56 (Ley 12, Título I, Lib. X de la Nov. Recop.): «Mandamos que el marido pueda dar licencia general a su mujer, para contraer, y para hacer todo aquello que no podía hacer sin su licencia, y si el marido se la diere vala lo que su mujer ficiera por virtud de la dicha licencia».

³⁹ Ley 58 (Ley 13, Título I, Lib. X de la Nov. Recop.): «El marido pueda ratificar lo que su mujer oviere fecho sin su licencia, no embargante que la dicha licencia no haya precedido, ora la ratificación sea general o especial».

⁴⁰ Ley 57 (Ley 13, Título I de la Nov. Recop.): «El juez con conocimiento de causa legitima, o necesaria, compela al marido que de licencia a su mujer, para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido, e si cumplido no gela diere, que el juez solo se la pueda dar».

mujer, podía otorgar licencia cuando el marido estaba ausente y se desconocía cuando retornaría (Ley 59)⁴¹.

Tampoco la mujer podía actuar como fiadora de su marido, ni obligarse de manera solidaria con éste, salvo ciertas precisiones que se preveían en beneficio de la misma (como medida de protección de su patrimonio)⁴². Esta regla, cuyo origen se halla en el derecho romano, contenida en el *Senadoconsulto Veleyano* (D. 16.1.2.1 y C. 4, 29) y en la auténtica *Si qua muller* (Novela 134,8) y recogida en las Partidas (V, 12, 2 y 3), en la práctica se aminoraba, pues, calificada como una norma dictada para proteger a la mujer, más que de prohibición, se generalizó la aplicación de los supuestos de excepción (cuando no hubo malicia o la fianza beneficiara a la mujer o ésta se obligaba en primer lugar como deudora) y el amplio alcance de la renuncia a la alegación de la prohibición. La renuncia, entonces, permitía admitir la validez de determinadas fianzas otorgadas por la mujer, y, por demás, fue una práctica reiterada que se mantuvo durante todo el período hasta el siglo XIX⁴³. La limitación para otorgar fianza desapareció, en el derecho castellano, en el Código civil de 1889.

Finalmente, otra norma de interés, también en inicio dictada en beneficio de la mujer, en concreto de su patrimonio, era la previsión de no pudiera, constante matrimonio, ser privada de los bienes que le correspondieran, ya los propios (parafernales), ya los dotales (que tenía derecho a recuperar) y la parte de los gananciales. Esto sólo podía ocurrir en el caso en que hubiera cometido delito, supuesto en el que, en beneficio del fisco y de los perjudicados, podría ser privada de tales bienes⁴⁴.

⁴¹ Ley 59 (Ley 15, Título I, Lib. X de la Nov. Recop.): «Cuando el marido estuviere absente, y no se espera de próximo venir, o corre peligro en la tardanza, que la justicia con conocimiento de causa, seyendo legitima, o necesaria, o provechosa a su mujer, pueda dar licencia a la mujer la que el marido le había de dar, la cual ansi dada vala, como si el marido se la diese».

⁴² Ley 61 (Ley 3, Título XI, Lib. X de la Novísima Recopilación): «De aquí en adelante la mujer no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga e alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la mujer; e así mismo mandamos, que cuando se obligare a mancomún marido, e mujer en un contracto o en diversos, que la mujer no sea obligada a cosa alguna, salvo si se provare que se convirtió la tal deuda en provecho della, ca estonces mandamos, que por rata del dicho provecho sea obligada; pero si lo que se convirtió en provecho della fue en las cosas que el marido le era obligado a dar, así como en vestirla e darle de comer, e las otras cosas necesarias, mandamos que por esto ella no sea obligada a cosa alguna, lo cual todo que dicho es, se entienda si no fuere la dicha fianza o obligación a mancomun por maravedís de nuestras rentas, o pechos, o derechos dellas».

⁴³ La renuncia a alegar la excepción del senadoconsulto Veleyano fue arduamente discutida en la doctrina, sobre todo su validez. Puede consultarse un buen resumen en el comentario de Sancho DE LLAMAS y MOLINA, *op. cit.*, *Comentario*, el comentario a la Ley 61.

⁴⁴ Ley 78 (Ley 11, Título IV, Lib. X de la Nov. Recop.): «La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte o en todo sus bienes dotales, o de ganancia, o de

No obstante, lo que parecía que se derivaba de una lectura literal de las Leyes de Toro, en particular la Ley 55 en la que se establecían limitaciones a la capacidad de la mujer en el ámbito patrimonial, se planteó la cuestión acerca de si conservaba o no la administración de los bienes parafernales que no hubiere entregado al marido, así como se discutió su capacidad para contratar respecto de ellos. Explicaba el profesor De Castro⁴⁵ que la interpretación que prevaleció fue que dicha Ley 55 de Toro no implicó una modificación del derecho anterior (las Partidas) que continuaba vigente: «Dado el romanismo de la doctrina, parecería lo natural que ésta se hubiera inclinado a favor de que la mujer conservaba el poder de administrar los parafernales retenidos, teniendo en cuenta que la Ley de Toro se podía entender dictada en protección del poder del marido y, por tanto, sólo respecto de los bienes cuya administración le correspondía, que la Ley 55 no le entregaba la administración de los parafernales, y que ni ella ni el Fuero Real derogaron o cambiaron la naturaleza de estos bienes (...) Más, no obstante lo general de la doctrina, la práctica y la jurisprudencia entendieron que se mantenía la vigencia del Derecho de Partidas y así la capacidad de la mujer casada de administrar sus bienes⁴⁶». Sin embargo, pese a lo que indica este autor, en el último tercio del siglo se instaura, en una parte de los tribunales sin duda por influencia de la doctrina francesa, el convencimiento de que la mujer tenía limitadas sus facultades, al menos por lo que respectaba a la libre administración y disposición de los bienes. Aunque, bien ha de señalarse que, ni el derecho anterior a la codificación ni la conciencia social más extendida, es proclive a la limitación de la capacidad y del poder de la mujer; de hecho, en la vida ordinaria, eran frecuentes las licencias maritales concedidas a las mujeres por sus maridos en términos amplios (generales), sobre todo por lo que hace a las mujeres que forman parte de la clase media y a las que, de una forma u otra, tienen su propio negocio (comercio o artesano).

3.2 EL DERECHO CATALÁN

En este período temporal, como se ha dicho ya, continúa vigente el derecho catalán que como recordaba Brocá, era el contenido en los textos jurídicos, legales y jurisprudenciales propios, así como en las costumbres («los Usatges, las Constituciones, Capítu-

cualquier otra calidad que sean». *Vid.*, la explicación que ofrece Sancho DE LLAMAS y MOLINA, en *op. cit. Comentario*, a la Ley 78.

⁴⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, *Derecho Civil II*, pp. 255 y ss.

⁴⁶ DE CASTRO, *Derecho Civil I*, pp. 255 y 256.

los y Actos de Cortes, Costumbres generales y particulares, Pragmáticas, Privilegios, Concordias, Sentencias») ⁴⁷ y en el derecho romano canónico (que actuaba como supletorio).

De éstos se sigue, con claridad, en cuanto a la mujer casada, que el régimen de bienes del matrimonio era el de separación de bienes, en el que la mujer aportaba dote para contribuir a sufragar las cargas familiares. Un régimen que se acostumbra a denominar como régimen dotal o de separación con dote, caracterizado por la autonomía e independencia patrimonial de los cónyuges y la posibilidad de contratación entre ellos.

En las fuentes jurídicas de la época no existe una regulación propia, porque se aplican los textos del *Corpus Justiniano* ⁴⁸, que la doctrina comenta y tiene como vigentes. Con todo, no se puede afirmar que éstos sean la única fuente de regulación. De una parte, en el Derecho catalán propio, tanto en el general como en el local o municipal, se hallan referencias, de otra, la interpretación que hizo la doctrina clásica ⁴⁹, contribuye, también, a legar un conjunto de reglas muy definidas que, posteriormente serán las que se utilicen como principios de regulación a los que, de manera sucesiva en el tiempo, se acudió tanto durante el proceso codificador civil del siglo XIX como durante la etapa compiladora, ya en el siglo XX.

En general, por lo que nos entretiene, la mayor parte de los textos se limitaban a aludir a la existencia de unos *bienes parafernales propios de la mujer*, independientes y diferenciados de la dote; o bien a sentar normas muy concretas sobre ellos en relación directa con la institución respecto de la cual se consideran. Lo primero sucede en el *Capítulo IV de la Consuetud de Barcelona (Recongnoverunt Proceres)* ⁵⁰ y en el *Capítulo 3 de la Rúbrica 40 de las Consuetudines Civitatis et Diócesis Gerundensis*, en el que se repite, casi textualmente, lo recogido en el *Recongnoverunt* ⁵¹. Lo segundo, en las *Constitu-*

⁴⁷ BROCA, *op. cit.*, *Historia del Derecho de Cataluña*, pp. 425.

⁴⁸ Concretamente y en especial, el Codex V, 14, que bajo el título « De pactis conventis tan super dote quam super donatione ante nuptias et paraphemis », regula esta materia. Además, son de tener en cuenta el Codex V, 16, 17 y el Digesto 23, 3, 9 § 3 y Digesto 39, 5, 31 § 1.

⁴⁹ Por citar los autores más significativos, MIERES, *op. cit. Apparatus super Constitutionibus*, Pars I, Collatio Sexta, Rubrica De iure dotium; FONTANELLA, *op. cit., Tractatus de pactis nuptialibus*, Tomus Posterior, Cl VI, Gl II, Pars. VII; CANCER, *op. cit., Resolutiones iuris*, Pars I Cap IX; COMES, *op. cit., Viridiarum artis*, Tomo I, Pars. I, Cap. XXI; FINESTRES et de monsalvo, *op. cit., De iure dotium*, Lib I; GIBERT, *Theorica artis*, Pars Prima, Cap. II, Tit. I.

⁵⁰ Cuyo texto, ya conocido, es el siguiente: «Item quod uxor mortuo viro, extantibus liberis in pupillari aetate, non potest petere dotem solvi sibi dummodo teneat bona et accipiat fructus et possit vivere competenter de bonis mariti, vel de bonis suis parafernalis, vel de iusta negotiatione sua.»

⁵¹ En este se dice: « Item quod uxor mortuo viro, extantibus liberis in pupillari aetate, non poterit petere dotem sibi solvi, dummodo tenat bona mariti et recipiat fructus et

cions Generals de Catalunya de Pere Albert, en las que la XXII y la XXXVI, planteando la cuestión de la sucesión en el feudo y quién es el que debe prestar «*homenatge per feu al senyor*», hablan, incidentalmente de esta clase de bienes⁵². Únicamente, en *el Llibre de las Costums de Tortosa* se regulan los parafernales de una forma completa, pero aun en este caso, adoptan casi exclusivamente como base la doctrina romana⁵³.

En todo caso, los principios que rigen en esta materia se sintetizan en los siguientes:

1. Los bienes parafernales son el patrimonio propio de la mujer cuya existencia, normalmente se predica a la vez que el régimen económico matrimonial de separación de bienes.

2. La mujer en relación a sus propios bienes goza de total autonomía personal y patrimonial. Esto implica, no sólo que la mujer es la propietaria (titular) de los mismos, sino que mantiene, después de casada el control y la autonomía patrimonial respecto de ellos. En ningún caso, en relación con sus bienes propios, necesita la mujer de la licencia del marido. Conocido, en este punto, es el texto de Cancercer⁵⁴ en el que contrapone claramente el régimen de los bienes dotales al de los parafernales: «(...) mulier sine litentia viri contra here, et obligare possit, praeterquam super rebus dotalibus, in qui-

possit vivere competenter de bonis mariti *vel de bonis suis parafernalibus* vel de justa negotiatione sua, nisi post annum luctus convolaverit ad secundas nuptias.»

⁵² La *Costum XXII* bajo la rúbrica: « En qual manera sie dada postat per fembra que succeix en feu», se refiere a los parafernales: « (...) si empero aquella dona manada sera, lo marit d'aquella es tengut, de costuma de Cathalunya, fer homenatge al senyor del feu e es tingut donar postat del castell e totas cosas fer aixi como a vassall, si aquell feu reeb en exovar, ne pot rebutjar, car en via de dret per senyor es tingut, axi que, si al senyor no fara homenatge ni li dara postat, o fara contra aquellas cosas que feeltat requieren, bausador sera: e si del marit no sera requesta la postat, mas d'aquella dona, e la dona no dara postat, e'l senyor del feu per aço lo castell haura pres, sera tengut lo senyor lo castell retre al marit: si empero lo feu no sera dat en dot, *mas sera de bens parafernals d'aquella dona*, lavors la dona fara homenatge al senyor, e no lo marit, per si tansolament o per procurador si's voldra, e dara postat e fara a ell totas aquellas cosas que feeltat requerem per raho d'aquell feu.»

La *Costum XXXVI* bajo el título: «Si algun pot esser hom soliu de dos senyors e si fembra pot esser vassalla solia e en qual manera fara homenatge per fe al senyor», habla de: «(...) Mas besament par interposada persona dara al senyor, aytantben per entreposada persona axi com a vassall servira al senyor, car com feminil offic no sie usar armas, aquella fembra en loc de si trametra a son senyor un hom armat o mes, si el feu o la convingemca feudal aço requerra, aquesta empero obra be pora per altre acabar; si empero lo dit marit d'ella no es hom soliu del dit comte de Urgell, ne encara d'alcu altre, ell sera tengut totas cosas complir al senyor del feu, puys que ha reebut en dot aquella cosa feudal: si empero no ho haura rebut en exovar *e aquella cosa feudal es cosa parafernal*, no es tengut lo marit d'aquella si's vol, mas la muller d'aquell n'es tenguda aixi com damunt es di.»

⁵³ La rúbrica 4 del libro V, bajo el epígrafe de «De donacions que seran feytes entre marit e muller extant lo matrimoni et de bonis parafernals», regula esta institución.

⁵⁴ CANCER, *op. cit. Variar Resolutionis*, Pars III, Cap I, núms. 154 y 155

bus viro praeiudicare non potest (...)». También, Fontanella⁵⁵, al hablar de la restitución de los bienes parafernales, refiere «(...) excentium scuto, pro suo paraferno, de quibus ipsa possit disporre, illisque uti, ac frui ad suum contentamentum...»

De manera que, como indica significativamente Mieres⁵⁶ «(...) non debet maritus se intromittere uxore invita, quamvis bonum videretur ut sicut mulier se ipsam committit viro...»

3. Los bienes parafernales, en principio, son independientes y no responden de las cargas familiares.

4. La mujer, con todo, puede atribuir la administración de sus bienes al marido pero ha de hacerlo expresamente y éste responde como un mandatario.

El régimen de separación de bienes que es el que rige en los matrimonios catalanes, no implica limitaciones, tampoco en cuanto a la contratación entre los consortes. Como sucedía en el derecho castellano, la recepción del derecho romano supuso la admisión de las limitaciones de la mujer para afianzar, ya la general ya para interceder por su marido y obligarse con él (*Senadoconsulto Velezano* –D 16.1.2.1 y C. 4, 29 y auténtica *Si qua muller*– Nove-la 134,8). No obstante, ya tempranamente, se instauró una corriente de opinión contraria a la misma, lo que desembocó en su práctica inoperancia hasta 1960⁵⁷. Como se interpretaba que la prohibición estaba pensada en beneficio de la mujer, para evitar el daño a su patrimonio, se admitía que era válida cuando la obligación la contraía bajo juramento⁵⁸ y se permitió, ampliamente, la renuncia bajo juramento, a oponer la prohibición. Práctica, la de renuncia jurada cuya validez no se puso en duda y que la doctrina dio por sentada⁵⁹.

Se observa, en consecuencia, que durante este siglo XVIII, si nos atenemos al derecho vigente y, también, a la conducta que se desarrollaba y admitía en la sociedad, la situación de la mujer española y catalana, en lo que afecta a su patrimonio se define por su autonomía, pese a que la letra de las normas, en algún extremo, parezca indicar lo contrario. Si bien, mientras en el derecho castellano se requiere licencia del marido, aunque puede ser general y previa y se justifica en razón del régimen de bienes del matrimonio, que es

⁵⁵ FONTANELLA, *op. cit.*, *Tractatus de pactis*, Tomus Posterior, CL VI, Glossa II, Pars VII, núm. 67.

⁵⁶ MIERES, *op. cit.*, *Apparatus*, Pars I, Collatio Sexta Rubrica De iure dotium, núm. 150; en el mismo sentido, FINESTRES, *op. cit.*, *De iure*, Lib. I, núm. 81; GIBERT, *op. cit.*, *Theorica*, Pars Prima, Cap. II, Tit. I nota p. 126.

⁵⁷ Hasta la Compilación de 1960 en la que se incorpora expresamente. *Vid* más adelante.

⁵⁸ PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *op. cit.*, *Fundamentos*, Tomo II, pp. 182 y ss.

⁵⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, *El régimen matrimonial*, pp. 88 y 89.

comunitario; en contraste, en el derecho catalán, fiel a la tradición heredada del derecho romano se mantiene el régimen de separación de bienes y no se alude ni requiere autorización marital alguna a la mujer casada.

4. LA CODIFICACIÓN DECIMONÓNICA

La codificación fue el movimiento jurídico más relevante que se produjo en el ámbito europeo continental⁶⁰ surgido de los principios revolucionarios. Fruto del pensamiento de los juristas iusnaturalistas racionalistas, pero también de los romanistas, (la Ilustración y la *Escuela de Derecho Natural Racionalista*; Hugo Grocio, Samuel Pufendorf), de los factores político-económicos (el nuevo orden social nacido de la Revolución Francesa, sus postulados; en especial la libertad e igualdad) se presentó como un medio técnico para la formación de las normas, que permitía una mejor resolución de los problemas mediante la aplicación de reglas generales, racionales y abstractas. La codificación persiguió (y lo obtuvo) un objetivo: ordenar, armónicamente, a través de criterios racionales, en un cuerpo homogéneo –el *Código*– todas las normas jurídicas, reglas y principios relativos a una determinada rama o sector del ordenamiento jurídico, superando el particularismo y la fragmentación propios de los siglos anteriores. Iniciada a finales del siglo XVIII, se desarrolló fundamentalmente a lo largo del siglo XIX y culminó, en algunos países, a principios del siglo XX.

Hasta el comienzo del movimiento codificador, en propiedad, no existía una ordenación armónica de las distintas reglas jurídicas, tampoco éstas eran generales, ni se formulaban de manera abstracta. Los denominados *Codex* o *Codices*, colecciones donde se recogían, eran meras *recopilaciones*: catálogos en los que se relacionaban, una simple reunión, no unitaria ni completa, de normas sin ordenación y relación entre ellas. A través de la codificación se obtenía un cuerpo legal, el Código, en el que se contendrían, ordenadas y relacionadas, las principales reglas de una materia, no sumadas sino interrelacionadas. Generalidad, abstracción y, en consecuencia, técnica jurídica son las notas características de los Códigos, y de las leyes en la era moderna, que pueden apartar a la norma, en ocasiones, de la realidad.

⁶⁰ También se extendió a los países de Sud y Centro América. Sólo se sustrajeron a ella los países anglosajones (en general, Inglaterra y los Estados Unidos de Norte de América, Canadá, salvo el Quebec), los que se integran dentro del sistema del *Common Law*.

La Codificación civil, en general la que afecta a las materias de derecho privado, fue una de las más importantes a lo largo del siglo XIX, no sólo porque en el nuevo instrumento, el Código, se contendrían las normas únicas, en principio, sobre la materia, que son las que atienden a las relaciones entre las personas, sino porque era una manifestación de la soberanía y manera de ser de la nación. El Código civil⁶¹ que más ascendente tuvo en el ámbito de los países del *Civil Law*⁶², fue el francés de 1804 (al que se denomina *Code de Napoléon* por la intervención directa de éste en su impulso) que sirvió como modelo, cuando no se copió directamente, por una gran parte de los Códigos civiles europeos y sudamericanos. Precisamente, la influencia francesa, al menos en la normativa española, se dejó notar, claramente hasta el punto de que es notorio que las concepciones sobre la mujer casada como ser débil, necesitada de protección, sumisa al marido, con capacidad de obrar limitada⁶³, que se propugnaba por aquella doctrina, se introducen, prontamente, en los proyectos del Código civil, en la Ley del matrimonio civil de 1870 y, finalmente en el Código civil de 1889. La misma sociedad fuertemente estamental peninsular, contribuyó sin duda, a asentar unos valores ultra conservadores sobre la mujer, en contradicción con la propia tradición. El siglo XIX comportó una importante involución para la mujer casada, en particular en su capacidad y su consideración autónoma⁶⁴. El modelo de familia, sobre la base del matrimonio legítimo y el principio rígido de unidad familiar con un único cabeza de familia que preservaba su estabilidad justificaron las limitaciones impuestas a la mujer en el ámbito económico y en su participación en el mercado de trabajo.

4.1 AVATARES Y PRINCIPIOS

La Codificación Civil española responde, íntegramente, a los principios técnicos de ordenación, sistematización y racionalidad reseñados. Sin embargo, comparativamente con las codificaciones que se desarrollaron en otros países, presenta una característica propia, consecuencia de la manera en que estaba conformado el territorio y la nación española, que determinó, a lo largo de todo el proceso codificador, lo que se ha denominado como la *peculiaridad* del sistema jurídico-privado español.

⁶¹ Con anterioridad al *Code de Napoléon*, existieron el Código de Prusia (1791) y posterior a aquél el Código austríaco de 1811.

⁶² Significativamente en el español de 1889, pero también en el italiano de 1865, por no decir en la mayor parte de los Códigos de los países de Sud y Centro América y en territorios de Norte América que estaban bajo el dominio francés o español.

⁶³ DE CASTRO, *op. cit.*, *Derecho Civil*, II p. 256

⁶⁴ ÁLAMO MARTELL, *op. cit.*, *La licencia*, pp. 367 y 368.

Como se ha estudiado en el apartado anterior, los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, pese a la política de expansión del derecho castellano al resto de los antiguos reinos y territorios, y a la imposición de una organización unitaria en los poderes legislativo y judicial, no eliminaron el derecho privado propio. De manera que, cuando se planteó la necesidad de codificar el derecho privado, coexistían normas de distintas procedencias, multiplicidad de normas de diferentes territorios. Una pluralidad manifestada de manera relevante a lo largo del proceso codificador y que explica los diversos avatares que se sucedieron.

En efecto, la unidad de la materia y de la regulación civil que se busca llevar a cabo en el Código en inicio tomaba como punto de partida el Derecho de Castilla, manera de proceder que no era más que la consecuencia de la política de unificación jurídica impuesta por la monarquía borbónica (Felipe V) y que, incluso, en algún momento, podría parecer apoyada por la dicción de algún texto constitucional. Debe recordarse, en este punto que, jurídicamente, la existencia de textos fundamentales –las Constituciones– y la labor de codificar las leyes, se producen de manera paralela a lo largo del tiempo, al menos mientras se desarrolla la redacción de los diversos proyectos de Código.

Frente a la pretensión de unificar la legislación civil proclamada en los textos constitucionales y a la realidad práctica en la que se llevaban a cabo los trabajos codificadores, en la que se tomaba como referencia casi exclusiva la legislación castellana, se alzaron los territorios que tenían derecho propio⁶⁵ que lucharon insistentemente durante todo el proceso para que se reconociera su derecho, ya mediante su integración en el Código que se elaboraba, ya de alguna otra manera. El continuo tira y afloja entre los territorios con derecho propio y los poderes centrales, junto a los diversos sucesos políticos ocurridos durante el siglo XIX español, por lo que se refiere a la codificación civil, implicaron un replanteamiento constante de la manera en que se debía codificar: si unificar o mantener la diversidad de las instituciones y reglas civiles⁶⁶, y cual era el medio que se debía utilizar, una situación que se prolongó durante bastante tiempo, pues tardó casi cien años en culminar (1812 a 1889).

⁶⁵ Un derecho propio, recuérdese, sobre el que no podían legislar ya que Felipe V unificó el poder legislativo.

⁶⁶ A partir de la Codificación pasan a denominarse *Derechos Forales*, indiscriminadamente, todos los derechos de cada una de las regiones españolas. La palabra deriva de los *Fueros*, instrumentos legales de gran parte de los reinos, en los que se contenía su derecho. Excepto en Cataluña y Baleares, que nunca los tuvieron (sin embargo también se emplea, incorrectamente, el término derecho foral para el catalán y balear).

El artículo 258 de la Constitución de Cádiz (1812), momento en el que se inicia la tarea de codificar, señalaba: «El Código Civil y el Criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la monarquía sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». La última parte de este precepto, por lo que hace a la codificación civil, se interpretó en el sentido de salvaguarda de los derechos civiles propios. En efecto, el artículo 96 del Estatuto de Bayona de 1808, predecesor de aquél, no contenía ninguna precisión y seguía un criterio claramente centralizador («Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales»).

Lo cierto es que la primera etapa de la codificación civil española, conocida como la de los proyectos unitarios, que acabó con la Revolución de 1868 y la instauración de la primera República, se caracterizó porque las reglas que se ordenaron fueron, prácticamente de manera exclusiva, las castellanas.

El proyecto del Código Civil más significativo de este período, por su repercusión posterior, fue el *Proyecto de Código Civil de 1851*⁶⁷, cuyos artífices fueron los juristas Florencio García Goyena y Claudio Antón de Luzuriaga. Era un texto esencialmente uniformador pues tomaba como punto de partida el Derecho castellano, no consideraba los derechos civiles propios y, netamente afrancesado por la enorme influencia que ejerció sobre él la doctrina francesa a la que seguía. La importación de los valores adoptados en el *Code de Napoleón* (1804), en lo que atañe a la situación de la mujer, que se plasman en los preceptos de este proyecto, trasluce en las palabras que vierte García Goyena: «Generalmente las mujeres miran el matrimonio como la conquista de su libertad, y no se engañan bajo ciertos puntos de vista sociales; pero bajo el aspecto legal, la mujer casada, como por un común acuerdo de todos los legisladores, viene a ser una verdadera menor de edad»⁶⁸.

Los principios generalizados en el derecho francés de la época que se toman por este proyecto, son el de superioridad del marido a quien se encomienda la función de proteger a la mujer, una mujer que es débil física y moralmente; el marido ocupa una posición preeminente en el matrimonio tanto en el aspecto personal como patrimonial. La mujer no puede, sin su licencia, ni comparecer en juicio ni adquirir a título oneroso o gratuito⁶⁹.

⁶⁷ Con anterioridad a éste se ha de recordar el *primer Proyecto de Código civil*, de 14 de setiembre de 1821, elaborado por una Comisión especial de las Cortes (nombrada el 22 de agosto de 1820) que fue presentado a las Cortes por Nicolás María GARELLY y el *Proyecto* de 15 de setiembre de 1836.

⁶⁸ GARCÍA GOYENA, *op. cit. Concordancias, Motivos*. «Comentario al artículo 62».

⁶⁹ Así se recogió en el Código civil francés. Muy reveladoras de los principios y valores que inspiraron la redacción de las normas de dicho cuerpo legal, son las palabras de

La posición inferior asignada a la mujer en el matrimonio se recrudece respecto de lo que estaba recogido en la normativa y prácticas anteriores (las Leyes de Toro) en este Proyecto de Código; pues incluso se priva a la mujer de la administración de sus bienes parafernales que no puede tener ni siquiera por pacto, que se considera nulo. Sólo le cabía percibir rentas de los bienes para sus atenciones personales «comprendidas bajo el nombre de alfileres» (art. 1.240 del Proyecto)⁷⁰. García Goyena, agregaba que el que no se reconocieran, como en el Derecho Romano y las Partidas, los bienes parafernales de la mujer y se convirtieran todos los bienes en dotales que quedaban bajo el control y administración del marido⁷¹ «(...) es sencillo, moral y necesario para mantener el orden y disciplina en la familia: *vir est caput mulieris*: nada más natural y justo (...)».

El afrancesamiento del proyecto y la omisión de los derechos propios fueron, junto al ambiente político de la época, el detonante de su fracaso. Si bien puede decirse que sólo temporalmente, pues gran parte de sus ideas y principios se retomarán más tarde y se tendrán en cuenta en la redacción del definitivo Código civil, de ahí su importancia.

Los avatares que influyeron en la codificación civil no se produjeron, en contraste, en la *codificación mercantil* que, tempranamente dio a la luz el *Código de Comercio, en 1829*, denominado de

presentación del proyecto que se leen en el *Discurso presentación del Título V del Libro I del Consejero de Estado PORTALIS* (*op. cit.*, «Discours núm. 15.»): «On a très-bien observé que l'homme et la femme ont part-tout des rapports et part-tout des différences (...) Cette différence qui existe dans leur être en suppose dans leur droits et dans leurs devoirs respectifs» (p. 261). «La force et l'audace sont du côté de l'homme, la timidité et la pudeur du côté de la femme (...) *La femme a besoin de protection, parce qu'elle est plus faible, l'homme est plus libre, parce qu'il est plus fort* (...) *La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être, qui ni l'assujettit pas à autant des besoins, et qui lui garantit plus indépendance pour l'usage de son temps et pour l'exercice des facultés* (...) L'obéissance de la femme est un hommage rendu à pouvoir qui la protège, et elle est une suite nécessaire de la société conjugale, qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre» (p. 262) «Ce n'est point dans notre injustice, mais dans leur vocation naturelle, que les femmes doivent chercher le principe des devoirs plus austères qui le sont imposés pour leur plus grand avantage et au profit de la société (...) La même principe qui empêche la femme de pouvoir exercer des actions en justice sans autorisation de son mari, l'empêche, à plus forte raison, d'aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans cette autorisation» (p. 263). El subrayado es nuestro.

⁷⁰ Artículo 1.240 del Proyecto de 1851: «Será igualmente nulo cualquier pacto que privare directa o indirectamente al marido de la administración de los bienes del matrimonio.

«Sin embargo, podrá estipularse a favor de la mujer la facultad de percibir directamente, y en virtud de simple recibo suyo, una parte de las rentas para sus atenciones personales, comprendidas bajo el nombre de alfileres».

Respecto de esto último comentaba GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, *Concordancias, Motivos*, Comentario al art. 1240) «Esto mismo ha solido practicarse entre nosotros, sobre todo entre esposos de elevada condición, como Grandes, Títulos, etc.; y la cantidad se designa con título de alfileres, o gastos de cámara para vestirse, y otras urgencias de adornos mujereles».

⁷¹ GARCÍA GOYENA *op. cit.*, *Concordancias, Motivos*, Comentario al artículo 1240.

Sáinz de Andino, por ser obra de este jurista. En este cuerpo legal, cuyas reglas eran uniformes para todo el territorio peninsular se regulaban los requisitos exigidos para ejercer el comercio, entre los que se consideraban los de *la mujer comerciante*.

Antes de explicarlos conviene saber que se ha de distinguir entre la propiedad del comercio, empresa o negocio y el ejercicio del comercio. La primera se rige por las leyes civiles, de derecho privado, conforme a éstas la mujer, entre sus bienes propios, puede, como cualquier otra persona, tener un comercio. De la misma manera, la mujer ya casada, en régimen de gananciales, puede ser titular, en virtud de los bienes adquiridos constante matrimonio, de una parte del negocio familiar (que es ganancial). La cuestión del título jurídico que confiere el poder a la mujer sobre el negocio o empresa mercantil se rige por las reglas generales civiles. Así que la mujer puede ser propietaria, usufructuaria... etc., del negocio y derivar esta situación de una sucesión (herencia), de ser un bien propio que tenía con anterioridad al matrimonio o del régimen de bienes (negocio familiar)⁷². Cuestión distinta es el ejercicio de la actividad mercantil que sí se recoge particularmente el *Código de Comercio*.

La regulación de dicho cuerpo legal disponía que todas las personas que tuvieren capacidad para contratar según las leyes civiles también gozaban de capacidad para ejercer el comercio (art. 3)⁷³. A continuación establecía una regla especial para los menores de 20 años⁷⁴ y seguidamente regulaba la situación de la mujer casada.

⁷² Se distinguen los siguientes sentidos del concepto de la empresa familiar, según GALVE GÓRRIZ/SALAS FUMÁS, *op. cit. La empresa familiar*, p. 23:

Amplio: «basta con que el control de las decisiones estratégicas recaiga en los miembros de una familia y que exista el deseo explícito de que ese control perdure en el futuro»: la familia tiene el poder político.

Intermedio: aquellas empresas en las que «el fundador o sus descendientes controlan la empresa y las decisiones estratégicas y, además tienen cierta participación directa en la ejecución de dicha estrategia»: la familia tiene el poder político y la gestión.

Restriictiva: «aquellas empresas en las que varias generaciones de una determinada dinastía familiar tiene un control y una presencia activa en la gestión» de manera que la dirección y ejecución de la familia es muy intensa, «monopoliza la propiedad y la gestión».

⁷³ Artículo 3 CCom: «Toda persona que según las leyes civiles tiene capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para ejercer el comercio. Las que con arreglo a las mismas leyes no quedan obligadas en sus pactos y contratos, son inhábiles para celebrar contratos comerciales, salvo las modificaciones que establecen los dos artículos siguientes».

⁷⁴ En este momento histórico se barajaban los 20 años como edad para la mayoría. Así se estableció en las Bases de 1844 que se consideraron para la redacción del Proyecto de Código civil de 1851, en el que su artículo 276 disponía que «la mayoría de edad se alcanzaba a los 20 años». Edad que no llegó a regir; sin embargo sí se tuvo en cuenta por el Código de Comercio, aunque también aludía éste a los 25 años (edad que provenía del derecho romano y era la más extendida en los territorios españoles). De otra parte se había de tener en cuenta que, hasta la Ley de 13 de diciembre de 1943, la edad en la que se alcanzaba la mayoría de edad era distinta en cada territorio: unos mantenían los 25 años de las fuentes romanas, como era el caso de Cataluña, sin embargo en el derecho de Castilla

La mujer casada, mayor de 20 años, aparentemente para ejercer el comercio estaba incapacitada ya que necesitaba de la autorización expresa del marido otorgada en escritura pública, autorización que se dispensaba a la mujer que estuviera separada legalmente (art. 5)⁷⁵; mientras que la mujer soltera mayor de edad no requería de ninguna autorización. Se ha indicado que, aparentemente no se reconocía capacidad plena a la mujer y, por lo tanto la licencia del marido actuaba como complemento de capacidad, porque si se analizaba bien la situación, la norma realmente no exigía un requisito de capacidad sino que establecía una regla que concernía al régimen económico matrimonial, en concreto a los bienes que podía comprometer la mujer en el ejercicio del comercio.

En efecto, de lo establecido en el párrafo segundo del precepto se seguía que si existía autorización marital, la mujer comerciante, además de sus bienes privativos, podía obligar los bienes dotales y los comunes de la sociedad conyugal pero si no contaba con ella sólo obligaba sus bienes privativos, respecto de los que, con referencia a los bienes inmuebles, se le reconocía la facultad de hipotecarlos en garantía de las obligaciones derivadas del comercio (art. 6)⁷⁶. Como refuerzo, se agregaba que si en la escritura de autorización marital no se otorgaba de manera expresa, ésta no facultaba a que la mujer pudiera gravar e hipotecar bienes inmuebles propios del marido ni los comunes de ambos (art. 7)⁷⁷. Excepción, en verdad, obvia, al menos en cuanto a los bienes pro-

regían los 23 años, mientras que en Aragón se situaba en los 20 años. En punto a esto me remito a GETE-ALONSO y CALERA, *op. cit.*, *La nueva normativa*, pp. 166 y 167.

El artículo 4 de este Código de Comercio dice: «Se permite ejercer el comercio al hijo de familias mayor de 20 años que acredite concurrir en él las circunstancias siguientes:

- 1.^a Que haya sido emancipado legalmente.
- 2.^a Que tenga peculio propio.
- 3.^a Que haya sido habilitado para la administración de sus bienes en la forma prescrita por las leyes comunes.
- 4.^a Que haga renuncia solemne y formal del beneficio de restitución, que concede la ley civil a los menores, obligándose con juramento a no reclamarlo en los negocios mercantiles que haga».

⁷⁵ Literalmente se lee en este artículo 5: «También puede ejercer el comercio *la mujer casada, mayor de 20 años*, que tenga para ello autorización expresa de su marido, dada en escritura pública, o bien estando separada legítimamente de su cohabitación.

En el primer caso están obligados a las resultas del tráfico los bienes dotales de las mercaderas, y todos los derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad social; y en el segundo, lo estarán solamente los bienes de que la mujer tuviere la propiedad, usufructo y administración cuando se dedicó al comercio, los dotales que se le restituyan por sentencia legal, y los que adquiriera posteriormente».

⁷⁶ Artículo 6 «Tanto el menor de 25 años, como la mujer casada, comerciantes, pueden hipotecar los bienes inmuebles de su pertenencia para seguridad de las obligaciones que contraigan como comerciantes».

⁷⁷ Artículo 7 «La mujer casada que haya sido autorizada por su marido para comerciar, no podrá gravar ni hipotecar los bienes inmuebles propios del marido, ni los que pertenezcan en común a ambos cónyuges, si en la escritura de autorización no se le dio expresamente esta facultad».

pios del marido, pues por aplicación de las reglas generales, nadie puede comprometer bienes que no sean, al menos en parte, suyos.

La mujer casada que estuviera separada legalmente no necesitaba licencia del marido para ejercer el comercio ni para efectuar actos de dominio, enajenar y gravar, sus bienes propios. La previsión legal se refería, como en el supuesto de la mujer casada, a los bienes que resultaban obligados por el ejercicio del comercio en la situación de separación legal. De manera que, la mujer comerciante separada sólo comprometía sus bienes propios, los dotales que se le hubieren restituido y los que adquirió posteriormente, pues la sociedad conyugal se disolvió con la separación.

Así que, para la mujer, en lo que se refiere a las normas comerciales, no existía en la época más limitación de capacidad, tratándose de la casada, que la que provenía de la legislación civil⁷⁸. Una legislación civil que, puesto que no se había conseguido codificar, continuaba siendo la del período anterior.

Para acabar de completar el panorama jurídico normativo se ha de agregar la primera *Ley de Enjuiciamiento Civil*, publicada en este mismo período, en 1855. Interesa su artículo 12, en el que se reconocía capacidad para comparecer en juicio a los que estuvieren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y exigía la sustitución o el complemento de capacidad en caso contrario⁷⁹. La mujer casada, según la legislación que fuera aplicable tenía más o menos limitada su actuación.

El problema importante que se planteó en la práctica fue en relación con *la mujer casada catalana* y en todos los ámbitos, civil, comercial y procesal. De una parte, se mantenían las reglas civiles propias catalanas que, como hemos comprobado, eran diferentes de las castellanas y no implicaban necesidad de licencia o autorización marital, amén, de que al ser el régimen de bienes del matrimonio el de separación de bienes era innecesaria cualquier autoriza-

⁷⁸ En relación con la mujer comerciante el distinto criterio de capacidad que se hacía, respecto de la capacidad civil (se ampliaba el margen de actuación individual de la mujer) también coincidía con el recogido en la legislación francesa. PORTALIS en *op. cit.*, «Discours núm. 15» indicaba que «La faveur du commerce a fait regarder la femme, marchande publique, comme indépendant dans tout ce qui concerne les opérations commerciales qu'elle fait. Sous ce rapport, le mari peut devenir la caution de sa femme, mais il cesse d'être son maitre» (pp. 263, 264). Nótese que, en contraste a lo que afirmaba el tribuno acerca de la debilidad de la mujer, que en su opinión era lo que impedía reconocerle plena capacidad, cuando se trataba del comercio para favorecerlo ya no servía y se reconocía a la mujer que era independiente y capaz. Mientras en el ámbito civil se mide por un baremo en el comercial se hace por otro en el que los intereses del mercado se ponen por delante, algo muy propio de la época que nos ocupa.

⁷⁹ Artículo 12 LEC «Sólo pueden comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Por los que no se hallen en este caso, comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho».

ción, ya que no existían bienes comunes entre los cónyuges (por razón del régimen). Esto hubiera debido conducir, mientras no acabara la codificación y se resolviera en base a que normas se redactaría el Código civil, a dejar la situación tal y como mandaban las reglas que seguían vigentes. Sin embargo, conocido es, las cosas discurrieron por otros derroteros, que se han ido reiterando, con más o menos intensidad y alcance⁸⁰ desde entonces hasta la actualidad.

En efecto, pese a que se mantuviera el derecho privado catalán y estuvieran en el acervo de la sociedad catalana muy presentes las tradiciones y las reglas propias, en lo que afectaba a la organización jurídica familiar y a la posición y poderes de cada uno de los cónyuges en la familia y en el matrimonio, la política de unificación borbónica condujo a que, de manera gradual se produjera la aplicación (indebida) de las reglas castellanas y en particular las que imponían límites a la mujer. Algunos autores se refieren a esto cuando hablan de que existía «(...) por virtud de lo dispuesto en la Constitución de 1812, el propósito de realizar la unidad legislativa civil, y que, como medio de preparar su ejecución se recurrió al ardid de negar a Cataluña un derecho supletorio distinto de las leyes de Castilla»⁸¹. Lo que derivaba en que para la administración y disposición de sus bienes parafernales, se exigiera licencia marital, a la mujer catalana, una autorización innecesaria según su ley propia; y que también se reflejaba en la aplicación de las normas de la Novísima Recopilación que estaban dictadas para el régimen de gananciales (no el de separación catalán).

Los movimientos políticos que se sucedieron en este período provocaron que, nuevamente, la labor codificadora se paralizara y diera paso a una nueva etapa del proceso: la conocida como de las leyes especiales.

4.2 LA PRIMERA REPÚBLICA (1869)

La Revolución de 1868 y la Constitución de 1869 propiciaron un nuevo Proyecto de Código Civil, limitado al Título Preliminar y

⁸⁰ Según el poder reconocido a los territorios con derecho propio a lo largo de los siglos XIX y XX para influir en la regulación e incluso para dictar sus propias normas (lo que solo sucedió con una cierta «plenitud» durante la Segunda República y que no se ha recuperado hasta la Constitución de 1978).

⁸¹ BROCA, *op. cit.*, *Historia del Derecho de Cataluña*, pp. 429. Previamente (p. 428) este autor comentaba, respecto a la cuestión de si seguían vigentes las normas romano canónicas del derecho supletorio de Cataluña que «Ya en los comienzos del siglo XIX hubo jueces y magistrados venidos a Cataluña, que, enemigos de su derecho supletorio, llevaron al terreno de la práctica una cuestión académica propuesta por el catedrático de derecho romano en Cervera, D. Juan Antonio Mujal».

al Primer Libro; el *Proyecto de 19 de mayo de 1869*, que fue presentado a las Cortes por el Ministro de Gracia y Justicia Antonio Romero Ortiz. Sus principales innovaciones eran que establecía la obligatoriedad del matrimonio civil, fijaba la mayoría de edad a los 21 años y determinaba la creación del Registro Civil. Aunque no llegó a buen fin, sus principios, fruto de los que se contenían en el texto constitucional, se plasmarán en las leyes civiles especiales que se dictaron en este periodo.

Hecho clave en este proceso de codificación fue del *Congreso de Jurisconsultos* celebrado en Madrid del 27 al 31 de *octubre de 1863*, en el que se propugnó la idea de que el Código Civil debía ser el resultante de la armonización de las diversas legislaciones existentes en España, y a la vez se aprobó que la codificación general dejara en vigor los restantes ordenamientos jurídicos privados existentes. Con tal fin y para poder proseguir en la tarea codificadora en sus Conclusiones se propusieron dos soluciones alternativas:

1.^a La redacción de Leyes especiales que prepararen el camino de la codificación para solventar los problemas de determinadas materias; o

2.^a Si se cree conveniente redactar un Código, colocar, al lado de las disposiciones generales que se contengan en éste, otras especiales que dejen en libertad el seguir la antigua ley, en puntos determinados, hasta el momento en que el legislador considere conveniente establecer una disposición general. Las materias propuestas eran el sistema dotal, la sociedad matrimonial (económica) y las sucesiones.

Al Congreso siguió, cronológicamente, la redacción de las *Leyes especiales*. A fin de desencallar la codificación y como respuesta a las nuevas necesidades de la sociedad económico-política del momento se inició la labor de regular determinadas materias (de las que no parecía discutirse su foralidad o no). La redacción de estas Leyes especiales supuso una *codificación parcial* que no significó renuncia al mantenimiento de los Derechos civiles propios. La primera en publicarse fue la *Ley Hipotecaria* de 8 de febrero de 1861 a la que siguieron otras como la *Ley del Notariado* de 28 de mayo de 1862; la *Ley del Registro Civil* de 17 de junio de 1870 y a los efectos del tema que nos ocupa la *Ley provisional del Matrimonio Civil* de 18 de junio de 1870.

Interesa detenernos en ésta pues no sólo estuvo vigente sino que, con posterioridad, de ella se tomaron los principios que se recogerían en el Código civil de 1889.

La *Ley de 18 de junio de 1870* mandaba que el gobierno publicara como ley provisional el proyecto de la ley de matrimonio civil y en la parte final de su artículo 1 decía que «El Gobierno publicará como ley provisional el proyecto de la de matrimonio civil presentado a las Cortes (...) *sin perjuicio de lo que se dispone por el derecho foral respecto a los efectos civiles del matrimonio en cuanto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes*»⁸².

Este mandato directo, en principio, bien interpretado significaba que, aunque los preceptos que regulaban la forma de celebración del matrimonio y su disolución se aplicaban a todo el territorio español, en lo que se refería a los efectos personales y económicos derivados del matrimonio éstos se regían, si lo había, por el derecho propio de los territorios. En el tema que nos ocupa ello suponía que, mientras no se produjeran cambios, las reglas de derecho propio (derecho catalán) que existían, éstas continuaban vigentes, sin que pudieran ser sustituidas por otras.

Con todo, en la realidad práctica las cosas discurrieron de otra manera, ya que se mantuvo la actitud de intentar extender el derecho estatal a todos los territorios, fundamentalmente a través de su aplicación judicial (cuando un determinado conflicto llegaba a los tribunales) lo que, una vez más, repercutió de manera importante en la situación de la mujer respecto de sus bienes.

La Ley de matrimonio civil de 1870 establecía un matrimonio laico en el que el marido era el jefe, cabeza de familia, al que correspondía el poder, la autoridad familiar y conyugal y el control y administración de los bienes de la comunidad. Aunque no se dijera, de la remisión a los derechos propios a la que se refería el apartado segundo del artículo 1, resultaba claro que el régimen de bienes del matrimonio que se tenía como modelo era el de gananciales, es decir el correspondiente al derecho castellano. Pese a que en algunos extremos esta ley era menos radical con la posición de inferioridad de la mujer que el Proyecto de Código civil de 1851, no se sustrae a las ideas y valores que imperan durante todo el siglo XIX que se mantienen.

Los artículos 44 a 55, que formaban la Sección primera («De los efectos generales del matrimonio respecto a las personas y bienes de los cónyuges») del capítulo V de dicha ley (que trataba «De los efectos generales del matrimonio respecto de las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes») contenían normas que regían, según lo indicado, para todos los territorios que carecieran de reglas propias. En consecuencia, técnicamente, no eran

⁸² El subrayado es mío.

aplicables a Cataluña donde su derecho propio, que estaba vigente, delimitaba sus propios efectos.

Después de determinar el contenido del status conyugal derivado del matrimonio (art. 44. «Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente»), los restantes preceptos referían el modelo de matrimonio y dejaban claramente sentada la situación de inferioridad de la mujer y la exigencia de contar con la licencia del marido. A partir de estas obligaciones recíprocas los demás deberes y obligaciones tenían un marcado carácter unilateral.

Se asignaba al marido el deber de tener «en su compañía y proteger a su mujer» (art. 45) y, en correspondencia a la mujer se imponía la obligación de «obedecer a su marido, vivir en su compañía y seguirle a donde éste traslade su domicilio o residencia» excepto en los casos en que los tribunales, con conocimiento de causa, la eximan de esta obligación cuando el marido traslade su residencia al extranjero (art. 48).

En lo que se refiere a los bienes, en general la mujer, salvo en los casos previstos expresamente por la ley, no puede administrar sus propios bienes (art. 49) que quedan bajo la administración del marido (art. 45)⁸³, ni administrar los bienes de su marido, ni comparecer en juicio, ni celebrar contratos, ni adquirir por testamento o abintestato sin licencia de éste salvo los casos y con las formalidades y limitaciones que las leyes prescriban (art. 49). Excepción que se entendió referida por algunos autores, aunque al parecer la intención fuera otra⁸⁴, a los bienes parafernales pues, en dicho momento, la ley atribuía a ésta todos los bienes que no se hubieran aportado como dote, de donde se deducía que éstos se sustraían de la gestión del marido.

Tampoco la mujer podía publicar escritos, ni obras científicas ni literarias de que fuere autora o traductora, sin licencia de su marido, o en su defecto sin autorización judicial competente (art. 52). Para acabar se entendía que el marido era su representante, a quien se legitimaba para otorgar licencia para celebrar los actos y contratos que le fueran favorables a ella (art. 45), de donde se podía deducir que no procedía la licencia respecto de los actos

⁸³ «Administrará también sus bienes, excepto aquellos cuya administración corresponda a la misma por ley; y estará facultado para representarla en juicio, salvo los casos en que ésta pueda hacerlo por sí misma con arreglo a derecho, y para darle licencia para celebrar los contratos y los actos que la sean favorables» (art. 45.2).

⁸⁴ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I pp. 114, nota 1, explica «Sin duda, no era esa la intención del legislador, situado en el planteamiento de 1851. Probablemente, al atribuir a la mujer la administración de los bienes que la ley le haya concedido previamente, estaba pensando en los hijos de un primer matrimonio».

que se consideraran desfavorables y tampoco autorización judicial subsidiaria ya que no estaba prevista de manera expresa. Complemento de la posición preeminente del marido era la comunicación de honores: «La mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueren estricta y exclusivamente personales, y los conservará mientras que no contrajere segundas nupcias» (art. 54).

No corresponden al marido las facultades de administración y de otorgar licencia a la mujer cuando los cónyuges estén separados judicialmente, y en el caso que el marido esté en situación de ausencia o se le haya impuesto la pena de interdicción⁸⁵. De otra parte, el marido menor de 18 (era menor de edad) no podía administrar ni sus propios bienes, ni los comunes, para lo que necesitaba de complemento de capacidad (art. 46)⁸⁶

En todo caso, los actos y contratos realizados sin licencia eran nulos si bien cabía que el marido los ratificara expresa o tácitamente (art. 50); la acción de nulidad sólo podía ejercerse por el marido o sus herederos (art. 55).

No obstante, la ley reconocía a la mujer casada un cierto margen de actuación en el ámbito patrimonial que se ceñía a los bienes muebles de consumo ordinario de la familia, de lo que se excluían las joyas, los vestidos y los valiosos, para los que no bastaba con esta potestad doméstica y era necesaria la licencia marital⁸⁷, pero cuya adquisición podía quedar ratificada *a posteriori* por su empleo consentido por el marido. Y asimismo se reconocía que podía otorgar testamento sin licencia del marido y ejercer derechos y cumplir obligaciones respecto de los hijos legítimos y naturales reconocidos (de otro padre) y sus bienes (art. 53).

La ley de matrimonio civil no admitió el divorcio vincular como causa de disolución del matrimonio; la única situación regulada era la separación⁸⁸ causal, que sólo podía ser instada por el cónyuge

⁸⁵ «Tampoco podrá ejercer las expresadas facultades el marido que esté separado de su mujer por sentencia firme de divorcio, que se halle ausente en ignorado paradero o que esté sometido a pena de interdicción» (art. 47).

⁸⁶ «El marido menor de 18 años no podrá, sin embargo, ejercer los derechos expresados en el párrafo anterior, ni tampoco administrará sus propios bienes sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste del de su madre, y a falta de ambos, sin la competente autorización judicial, que se le concederá en la forma y en los casos prescritos en la Ley de Enjuiciamiento civil» (art. 46).

⁸⁷ Artículo 51. «Será válida, no obstante, la compra que al contado hiciere la mujer de cosas muebles y la que hiciere al fiado de las que por naturaleza están destinadas al consumo ordinario de la familia, y que no consistieren en joyas, vestidos y muebles preciosos, por más que no hubieren sido hechas con licencia expresa del marido.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, se consolidará la compra hecha por la mujer al fiado de joyas, vestidos y muebles preciosos desde el momento en que hubieren sido empleadas en el uso de la mujer o de la familia con conocimiento y sin reclamación del marido».

⁸⁸ Artículo 83. «El divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan solo la vida en común de los cónyuges y sus efectos».

inocente⁸⁹. La sentencia de separación, por lo que afectaba al patrimonio, producía la separación de los bienes comunes y la mujer, si el marido fue el culpable y aquélla lo reclamaba, podía recuperar la administración de sus bienes que, en cambio mantenía el marido si la mujer era la culpable (sólo tenía derecho a alimentos) (art. 88.5.º y 6.º).

Como se ha dicho, en puridad estos preceptos, singularmente los que regulan los efectos personales y patrimoniales del matrimonio no regían en los territorios con derecho propio, por lo que no eran aplicables a *Cataluña* donde seguían vigentes sus normas, sí en cambio lo eran los efectos de la separación. No obstante, diversas sentencias del Tribunal supremo de esta época y también la Dirección General de Registros indebidamente aplicaron las normas castellanas⁹⁰, sobre todo por lo que se refiere a los bienes propios de la mujer, exigiendo la necesidad de licencia marital (así, las sentencias del TS de 25/10/1864; 23/4, 12/5 y 24/12 de 1866, en las que, entre otras cuestiones, se utilizan las Partidas y la Novísima Recopilación respecto a la necesidad de licencia de la mujer, y con la consideración de que el marido es el administrador legal de los parafernales).

Los juristas Broca y Amell, afirmaban en 1886 que «El parecer de todos los jurisconsultos catalanes, la jurisprudencia del Senado o Antigua Audiencia de Cataluña, la práctica inmemorial, y hasta la jurisprudencia de la moderna Audiencia de Barcelona, de consuno afirman la interpretación de las leyes romanas en el sentido

⁸⁹ Artículo 84. «Los cónyuges no podrán divorciarse ni aun separarse por mutuo consentimiento; para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial».

Artículo 85. «El divorcio procederá solamente por las siguientes causas:

Primera. Adulterio de la mujer no remitido expresa o tácitamente por el marido.

Segunda. Adulterio del marido con escándalo público o con el abandono completo de la mujer, o cuando el adúltero tuviere a su cómplice en la casa conyugal, con tal que no hubiera también sido remitido expresa o tácitamente por la mujer.

Tercera. Malos tratamientos graves de obra o de palabra inferidos por el marido a la mujer.

Cuarta. Violencia moral o física ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

Quinta. Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida.

Sexta. Tentativa del marido para prostituir a su mujer, o la proposición hecha por aquél a ésta para el mismo objeto.

Séptima. Tentativa del marido o de la mujer para corromper a sus hijos y la complicidad en la corrupción o prostitución.

Octava. Condenación por sentencia firme de cualquiera de los cónyuges a cadena o reclusión perpetua».

Artículo 86. «El divorcio solamente podrá ser reclamado por el cónyuge inocente».

⁹⁰ LACRUZ BEREDO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, p. 138, hablaba de «una falsa interpretación de la Ley de matrimonio civil de 1870» que «se aplicó en Cataluña por el TS y la D. G incluso en sus preceptos relativos a la capacidad de la mujer casada».

más amplio a favor de la esposa. En consecuencia, la mujer podía contratar libremente sobre los bienes parafernales, enajenando los muebles e inmuebles, y dándolos en depósito, comodato, etc.»⁹¹

«Las contradicciones de la ley –denunciaba Concepción Arenal⁹² en 1884– pesan sin lenitivo alguno sobre la mujer desdichada. Exceptuando la ley de gananciales, tributo no sabemos cómo pagado a la justicia, rayo de luz que ha penetrado en obscuridad tan profunda, las leyes civiles consideran a la mujer como menor si está casada, y aun no estándolo, le niegan muchos de los derechos concedidos al hombre». A lo que agregaba que si la ley civil consideraba inferior a la mujer «¿por qué la ley criminal le impone iguales penas cuando delinque? ¿Por qué para el derecho es mirada como inferior al hombre, y ante el deber se la tiene por igual a él?».

4.3 EL CÓDIGO CIVIL DE 1889

La restauración alfonsina marcó un hito importante en la Codificación. El 10 de mayo de 1875 se creó una nueva *Comisión de Códigos* que tomó como punto de partida los acuerdos adoptados en el Congreso de Jurisconsultos de 1863: la creación de un Código Civil armónico en el que se incluyeran las especialidades forales. En el *Real Decreto de 1 de febrero de 1880*, que organizó la Comisión de Códigos, siendo Ministro de Gracia y Justicia Saturnino Álvarez Bugallal, se propugnó la creación de un Código Civil único y se autorizó a incluir en la Sección de lo Civil a letrados de las distintas regiones con legislaciones propias, que se encargarían de redactar Memorias acerca de las instituciones de Derecho Foral que se habían de respetar, las cuales habrían de «incluirse en un Código Civil como excepción» respecto de las «disposiciones generales sobre las mismas materias».

Este es el propósito que presidió el *Proyecto de Ley de Bases* presentado al Senado el 22 de septiembre de 1881 por el Ministro Manuel Alonso Martínez. Dos son las ideas rectoras de estas primeras Bases: 1.^a Seguir, en lo esencial, el Proyecto de Código Civil de 1851; 2.^a Incorporar al Código Civil lo que sea más unitario y recoger las especialidades forales en Apéndices del Código; el Derecho Foral se calificaba como derecho excepcional y como tal podría optarse por la aplicación de éste o del general (el Código Civil). De acuerdo con estos postulados, Manuel Alonso Martínez,

⁹¹ BROCA/AMELL, *op. cit.*, *Instituciones*, tomo I, p. 366.

⁹² ARENAL PONTE, *op. cit.*, *La mujer del porvenir*, p. 7.

el 24 de mayo de 1882 elaboró un *Proyecto de los Libros Primero y Segundo del Código Civil*, que no prosperó.

El *Segundo Proyecto de Ley de Bases* se presentó por el Ministro Francisco Silvela el 7 de enero de 1885. En éste: 1.º Se abandonó, definitivamente, la idea del Código Civil único; 2.º La Codificación se limitaba al Derecho castellano y los Derechos civiles propios se codificarían aparte a través del sistema de Apéndices; 3.º El Derecho Foral ya no se calificaba como excepcional y se mantenía íntegro pero el Código Civil actuaría como supletorio en aquellos supuestos que no estuvieren cubiertos por el derecho supletorio propio; 4.º A pesar de que el modelo para redactar era el Proyecto de 1851, se delinearán cuatro Libros, además del Título Preliminar, en lugar de tres (que eran los de aquel proyecto). Debido a la finalización de la legislatura, pese a que Proyecto de Ley de Bases fue aprobado con ciertas variaciones por el Senado, no pudo llegar a ser ley.

El 11 de Mayo de 1888 se presentó, siendo Ministro de Gracia y Justicia Manuel Alonso Martínez, la *Ley de Bases* definitiva que recogía, en esencia, las ideas de las bases de 1885. El punto de partida era redactar, también, un Código unitario sobre la base del Proyecto de Código Civil de 1851, pero referido sólo al derecho castellano; la legislación foral se dejaba a leyes especiales (Apéndices) y el Código Civil actuaría como derecho supletorio, en defecto del supletorio propio. En todo caso, las disposiciones del título preliminar en lo relativo a los efectos de las leyes y los estatutos y las reglas generales para su aplicación, así como las referentes a las formas del matrimonio, serían obligatorios para todas las provincias del reino. De acuerdo con la Ley de Bases, del Código Civil, de 1888 (arts. 5 y 6) las provincias y territorios en que subsistía Derecho Foral en el momento de entrada en vigor del mismo, lo conservarán «por ahora» en toda su integridad y se incorporarán a través de *Apéndices* del Código Civil en los que se contendrán las instituciones forales que conviniera conservar.

Las bases 22 y 25 eran las que se referían al matrimonio y a la situación patrimonial.

En la *base 22* se disponía que «El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges, sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, entendiéndose que cuando falte el contrato o sea deficiente, los esposos han querido establecerse bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales».

Mientras la *base 25*, refería que «La condición de la dote y de los bienes parafernales podrá estipularse a la constitución de la

sociedad conyugal, habiendo de considerarse aquélla inestimada a falta de pacto o capitulación que otra cosa establezca. La administración de la dote corresponderá al marido, con las garantías hipotecarias para asegurar los derechos de la mujer y las que se juzguen más eficaces en la práctica para los bienes muebles y valores, a cuyo fin se fijarán reglas precisas para las enajenaciones y pignoraciones de los bienes dotales, su usufructo y cargas a que está sujeto, admitiendo en el Código los principios de la Ley Hipotecaria en todo lo que tiene de materia propiamente orgánica y legislativa, quedando a salvo los derechos de la mujer durante el matrimonio, para acudir en defensa de sus bienes y los de sus hijos contra la prodigalidad del marido, así como también los que puedan establecerse respecto al uso, disfrute y administración de cierta clase de bienes por la mujer, constante el matrimonio».

La redacción del Código Civil, de acuerdo con estas directrices, se culminó. Por *Real Decreto de 6 de octubre de 1888* se ordenó su publicación en la *Gaceta de Madrid*. Comunicada a las Cámaras Legislativas la publicación, antes del transcurso de los 60 días (art. 3 de la Ley de Bases), por *Real Decreto de 11 de febrero de 1889* se prorrogó la fecha de entrada en vigor que se produjo *1 de mayo de 1889*. Las Cámaras legislativas, sin embargo, entraron a discutir el fondo de determinadas regulaciones, lo que dio lugar a que se prorrogase la labor de codificación. Fruto de las discusiones habidas fue la propuesta de promulgar una edición corregida del Código civil en la que se contendrían las modificaciones introducidas por las Cámaras legislativas. La *Ley de 26 de mayo de 1889* ordenó que el Gobierno hiciera «una edición del Código Civil con las enmiendas y adiciones que a juicio de la Comisión General de Codificación sean necesarias o convenientes, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos Colegisladores». Durante este lapso temporal entre la primera publicación y la segunda es en el que se produce una importante novedad en lo que afecta al tema que nos ocupa.

En efecto, el criterio que presidió la primera redacción de los preceptos en los que se regulaba la posición del marido y de la mujer respecto de la administración de los bienes, era el que provenía de la Ley provisional del matrimonio civil de 1870 con los principios más conservadores del Proyecto de 1851: la administración exclusiva del marido que, recuérdese estaba pensado para el régimen de bienes de gananciales y la supresión de los bienes parafernales de la mujer, que era la que se abogaba en el Proyecto de 1851. Sin embargo, poco después, cuenta el profesor Lacruz Berdejo⁹³

⁹³ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, p. 115.

«(...) en la sesión de 10 de noviembre del mismo año /se refiere a 1888/, la sección decide conservar los parafernales en nuestro sistema económico-matrimonial, a cuyo efecto redacta el articulado pertinente y dentro de él incluye los artículos 1384, que reserva a la mujer la administración de tales bienes, y 1383, que impide al marido litigar sobre ellos. Con esto fallan los presupuestos de los artículos 59 y 60: el panorama del régimen económico-matrimonial ha cambiado completamente, retornándose del todo al Derecho tradicional». Esto da lugar a que en la segunda edición del Código se agregue, al artículo 59 la apostilla «y lo dispuesto en el artículo 1384», que suponía la excepción a la administración exclusiva del marido.

El Código civil de 1889, así pues sólo recogió el derecho de Castilla, pero, dado el carácter unificador que se le atribuía, pese a que se mantuvieron los derechos propios (forales) que habían de redactarse y contenerse en los Apéndices, se disponía la supletoriedad, si bien de segundo grado, del mismo y el carácter general de ciertas disposiciones (art. 12 CC 1889)⁹⁴, en especial las de los artículos 42 a 107, relativas a la forma del matrimonio y los efectos personales de éste y a la separación.

Los preceptos originarios del Código civil de 1889, tenían una fuerte influencia de la Ley del matrimonio civil de 1870 y de los valores, se ha explicado ya, que se seguían en el proyecto de 1851; aunque aquélla era más liberal con la mujer que éste⁹⁵ la tónica general, recogida en el nuevo cuerpo legal, respecto de la mujer presenta un giro conservador (limitador) contrario al derecho histórico y a la percepción que existía respecto a la actuación de la mujer.

Los principios que se erigieron en la delimitación del modelo de matrimonio y de la familia son el de la unidad e indisolubilidad del matrimonio y el de la dirección única (unipersonal): la jefatura y hegemonía del marido, en la relación conyugal, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, con algunas excepciones matizadas.

1. El *ámbito personal* se regula en el título IV del Libro I del Código civil (arts. 56 a 65 CC), normas que, según el artículo 12 del mismo, eran de aplicación general a todo el territorio nacional

⁹⁴ Este artículo 12 establecía: «Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las Leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4.º libro 1.º»

En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus Leyes especiales».

⁹⁵ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I p. 114.

pues, a diferencia de lo que hiciera la Ley de matrimonio civil de 1870, no se previó la excepción de la regulación propia que hubiera en los derechos forales.

«El marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido» (art. 57 CC), una mujer que no puede libremente fijar su domicilio ya que debe seguir el del hombre, salvo que éste se traslade al extranjero o a Ultramar (art. 58 CC)⁹⁶. Y un marido que es el representante de su mujer, que no puede comparecer en juicio sin licencia marital, salvo los casos especiales que prevé la ley o cuando obtenga la habilitación judicial prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁷.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 disponía que para comparecer en juicio se había de estar en el pleno ejercicio de los derechos civiles (art. 2 LEC)⁹⁸; de modo que las mujeres habían de recabar, respecto de los asuntos en los que actuaba el marido, su licencia o la habilitación que otorgaba el juez cuando el marido estuviera ausente o se negare (art. 1995 LEC)⁹⁹. «Sin embargo –nos enseña Lacruz Berdejo– la jurisprudencia no cambió la orientación adoptada a raíz de la LEC del 55 y favorable a la representación en juicio de la mujer por el marido aun contra la voluntad de aquella»¹⁰⁰.

En contraste, la atribución al marido de la representación de la mujer (art. 60 CC), «(...) preconcepto introducido por García Goyena, ajeno a todos los restantes Códigos civilizados y contrario a la tradición española, queda con la limitada significación que le ha dado la mejor jurisprudencia», según nos explica el ilustre pro-

⁹⁶ Artículo 58 CC: «La mujer está obligada a seguir a su marido dondequiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán, con justa causa eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o a país extranjero».

Previamente el artículo 56 CC (que prácticamente se ha mantenido invariado hasta la actualidad) establece «Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente».

⁹⁷ Artículo 60. «El marido es el representante de su mujer. Ésta no puede sin su licencia comparecer en juicio por sí o por medio de procurador.

No necesita, sin embargo, de esta licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cuando hubiere obtenido habilitación conforme a lo que disponga la Ley de Enjuiciamiento civil».

⁹⁸ Artículo 2 LEC. «Sólo pueden comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Por los que no se hallen en este caso, comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho.

Por las corporaciones, Sociedades y demás entidades jurídicas, comparecerán las personas que legalmente las representen».

⁹⁹ Artículo 1995 LEC. «Sólo podrá concederse habilitación cuando el que la pida se hallare en alguno de los casos siguientes:

1.º Hallarse los padres o el marido ausentes, ignorándose su paradero sin que haya motivo racional bastante para creer próximo su regreso.

2.º Negarse el padre, la madre o el marido a representar en juicio al hijo o a la mujer (...).».

¹⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, p. 114.

fesor¹⁰¹, que «(...) es mucho más razonable, de lo que, a primera vista parece (...)». Buena muestra de la manera de hacer jurídica acerca de la que se llamaba la atención *supra*. De hecho, la representación del marido, que se mantiene como principio, sólo es efectiva, en la práctica (cuando se plantea un conflicto que los tribunales han de resolver) en los casos en que no se aprecia oposición de la mujer; de manera que, al menos de hecho, se hace necesario contar con la ratificación, al menos tácita, de la mujer para aquellos actos del marido que la afecten. En todo caso conviene tener en cuenta que no es asimilable, la pretendida representación del marido, a la representación legal que opera cuando se trata de una persona incapacitada, pues la mujer casada no es incapaz; no es en verdad y técnicamente una auténtica representación, aunque de hecho sí condiciona los poderes de la mujer a la hora de actuar.

Corolario de este panorama era la comunicación de dignidades: «La mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueren estricta y exclusivamente personales, y los conservará mientras que no contraiga nuevo matrimonio» (art. 64 CC).

2. En cuanto al *ámbito económico*, en este mismo título IV del libro I del Código Civil se contienen, entre los derechos y deberes de los cónyuges, reglas que afectan a la situación patrimonial. Separadamente se han de tener en cuenta las normas del libro IV (De las obligaciones y contratos). El régimen legal de bienes del matrimonio establecido, en defecto de pacto era el de gananciales (art. 1315 CC), que continúa siendo el legal en la actualidad.

En inicio, por lo tanto, las limitaciones o particularidades que afectarían a la mujer casada, en orden a la capacidad para administrar y gestionar sus bienes, previstas en razón del régimen de gananciales no se debían extrapolar a otros regímenes de bienes, ni tampoco a aquellos territorios en los que continuaran vigentes sus normas propias (caso del derecho de Cataluña). No obstante esto, que era meridiano, en la realidad cotidiana, mientras no se culminó la compilación del derecho civil catalán, lo que no tuvo lugar hasta bien entrado el siglo XX, en 1960, se reprodujo, por no decir que se prolongó la labor de ir arrinconándolo mediante la aplicación de las normas del nuevo Código a la situación de la mujer casada.

La colocación sistemática de los preceptos en el Código fue decisiva para legitimar, al menos en parte, esa manera de operar invasiva, pues así lo permitía el artículo 12 CC. Aunque, también se ha de dejar claro, las reglas del título IV del libro I del Código (es decir, las de aplicación general), que provenían como se ha indicado de la Ley de matrimonio civil de 1870, se explicaban y justificaban

¹⁰¹ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, p. 115.

para el régimen comunitario de gananciales y no tenían sentido para el régimen de separación de bienes con dote de raíz romana del derecho catalán. Mucho tuvo que ver, aquí, el modelo de matrimonio y de familia que se tomaba en consideración en la sociedad decimonónica y que se recogió en los nuevos cuerpos legales. Un modelo que pretende ser el burgués, acorde con el desarrollo industrial y el incipiente mercado de trabajo pero en el que aún se vislumbra el trasfondo de la sociedad agrícola. Un modelo que presenta contradicciones que sólo, a veces tímidamente, se corrigen por los tribunales a la hora de aplicar la regla legal pero del que no distaba, tampoco, la sociedad catalana, al menos por lo que se refiere al principio de unidad familiar y a la jefatura marital, pese a que no se admitiera la imposición de la licencia marital.

En el matrimonio sometido al derecho castellano (el único que se codificó), en el régimen de gananciales después de la reintroducción de los bienes parafernales, se han de distinguir tres masas patrimoniales:

– Los gananciales, comunes a los cónyuges que se administran siempre por el marido, salvo pacto en contrario (art. 59 CC)¹⁰². En todo caso, los poderes del marido en relación con los bienes gananciales son absolutos tanto en lo que respecta a la administración como a la disposición, pues puede enajenarlos y gravarlos sin contar con la mujer, con el único límite de los actos realizados en fraude que no eran oponibles a la mujer o a sus herederos (arts. 1412 y 1413 CC)¹⁰³.

– Los bienes privativos de cada uno de los cónyuges (del marido o de la mujer: parafernales). El marido administra y dispone de sus bienes. Los bienes parafernales son de la mujer de los que tiene el pleno control y administración, excepto que la haya encargado notarialmente al marido (art. 1384 CC)¹⁰⁴. Y

¹⁰² Artículo 59. CC: «El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el artículo 1384.

Si fuere menor de 18 años no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste sin el de su madre; y a falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

En ningún caso, mientras no llegue a la mayor edad, podrá el marido, sin el consentimiento de las personas mencionadas en el párrafo anterior, tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces».

¹⁰³ Artículo 1412 CC: «El marido es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo lo dispuesto en el artículo 59».

Artículo 1413 CC: «Además de las facultades que tiene el marido como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento de la mujer.

Sin embargo, toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes haga el marido, en contravención a este Código o en fraude de la mujer, no perjudicará a ésta ni a sus herederos».

¹⁰⁴ Artículo 1384 CC. «La mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, a no ser que los hubiere entregado al marido ante Notario con intención de que los administre.

– Los bienes dotales, si se aportaron. Los bienes de la dote inestimada¹⁰⁵ se administran por el marido (art. 1357 CC)¹⁰⁶, aunque la mujer mayor de edad puede gravarlos e hipotecarlos con licencia del marido o del padre, madre, tutor, protutor o vocal del Consejo de familia si fuere menor de edad (art. 1361 CC)¹⁰⁷. En cuanto a los bienes de la dote estimada, pasan a ser propiedad del marido constante matrimonio, quien (él o sus herederos) debe restituirlos cuando se disuelva el matrimonio a la mujer o a sus herederos.

Pese a que el precepto que establecía la administración hegemónica del marido estaba entre los que eran de aplicación general a todo el territorio (art. 59 CC), sin embargo, su contenido, se refería literalmente a «los bienes de la sociedad conyugal», sólo podía regir para la sociedad de bienes de gananciales, pues era el único régimen, a salvo que se pactara en capítulos matrimoniales otro de comunidad distinto, en el que podían existir bienes comunes. Con todo, la preeminencia del marido sobre la mujer, fuere cual fuere el régimen de bienes matrimonial, se impuso como principio y criterio que regía la situación patrimonial de la mujer.

Entre los preceptos generales se agregaba que «Tampoco podrá la mujer, sin licencia o poder de su marido adquirir a título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas en la ley» (art. 61 CC). Pese a la contundencia, la limitación no era tan amplia como sugería la dición literal del precepto pues existían dos importantes excepciones: una, los bienes parafernales, en los términos expresados; otra, el poder que corresponde a lo que se denomina *la potestad doméstica de la mujer casada*. Al igual que en la Ley del matrimonio civil, la mujer podía actuar, por sí sin necesidad de licencia marital en los

En este caso, el marido está obligado a constituir hipoteca por valor de los muebles que recibiere o a asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales».

¹⁰⁵ Artículo 1346 CC. «La dote puede ser estimada o inestimada.

Será estimada si los bienes en que consiste se evaluaron al tiempo de su constitución, transfiriendo su dominio al marido y quedando éste obligado a restituir su importe.

Será inestimada, si la mujer conserva el dominio de los bienes, háyanse o no evaluado, quedando obligado el marido a restituir los mismos bienes.

Si las capitulaciones no determinaran la calidad de la dote, se considerará inestimada».

¹⁰⁶ Artículo 1357 CC. «El marido es administrador y usufructuario de los bienes que constituyan la dote inestimada, con los derechos y obligaciones anexos a la administración y al usufructo, salvo las modificaciones expresadas en los artículos siguientes».

¹⁰⁷ Artículo 1361 CC. «La mujer puede enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada, si fuere mayor de edad, con licencia de su marido, y, si fuere menor, con licencia judicial e intervención de las personas señaladas en el artículo 1352 /Padre-madre, tutor, protutor, vocales del consejo de familia/.

Si los enajenare tendrá el marido obligación de constituir hipoteca, del propio modo y con iguales condiciones que respecto de los bienes de la dote estimada».

asuntos relativos a las cosas destinadas al consumo ordinario de la familia (art. 62 CC)¹⁰⁸; también se le reconocía la administración de los bienes que pertenecían a sus hijos legítimos o naturales reconocidos (habidos de otro hombre) y la capacidad para otorgar testamento (art. 63 CC)¹⁰⁹. Desapareció la norma de la Ley del matrimonio civil que vetaba a la mujer realizar determinadas actividades y se modificó el régimen de la mujer comerciante en los términos que se explican *Infra*.

Fuere cual fuera el régimen de bienes del matrimonio, era «nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio» con excepción de los regalos módicos «que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia» (art. 1334 CC). Nulidad que acarrearba la falta de capacidad, de los cónyuges para contratar entre sí la sociedad universal (art. 1677 CC). Asimismo, el régimen de gananciales imponía restricciones a la contratación entre cónyuges: marido y mujer no podían venderse bienes recíprocamente «sino cuando se hubiere pactado la separación de bienes» (art. 1458 CC). Prohibiciones que se mantuvieron vigentes hasta las reformas de 1981 operadas a raíz de la Constitución.

La nulidad de las donaciones entre cónyuges era una regla ampliamente aceptada y consolidada, aunque evidentemente discutible, que provenía del derecho romano; la prohibición de la venta entre los cónyuges no estaba en el derecho romano, se introdujo en el entendimiento de que así se derivaba de la Ley 55 de Toro¹¹⁰, aunque ésta realmente sólo se refería a la mujer y no a los dos cónyuges.

A dichas reglas generales se añaden otros preceptos del libro IV del Código civil, en los que se regula la capacidad de la mujer casada para contratar. El general (art. 1263, 3.º CC)¹¹¹ en el que se la

¹⁰⁸ Artículo 62 CC «Son nulos los actos realizados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos, salvo que se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas. Las compras de joyas, muebles y objetos preciosos, hechas sin licencia del marido sólo convalidarán cuando éste hubiese consentido a su mujer el uso y disfrute de tales objetos».

¹⁰⁹ Artículo 63 CC. «Podrá la mujer sin licencia del marido:

1.º Otorgar testamento.

2.º Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiere tenido de otro y respecto de los bienes de los mismos».

¹¹⁰ GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, *Concordancias, Motivos*, «Comentario al artículo 1380», explicaba que «Por Derecho Romano eran permitidos todos los contratos, y por consiguiente la venta y arriendo entre marido y mujer, a no ser que se hicieran simuladamente y para eludir la prohibición de donarse, leyes 5, párrafo 5, 33, párrafo 3, y 52, título 1, libro 24 del Digesto: la ley 4, título 11, Partida 4, prohíbe las donaciones, y calla sobre los demás contratos, pero estos deben entenderse prohibidos después de la ley 55 de Toro».

¹¹¹ Los otros dos supuestos de limitación para prestar el consentimiento contractual eran el de los menores no emancipados (1.º y el de los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir (2.º).

trataba como menor de edad, pues se la vetaba para prestar consentimiento contractual salvo los casos establecidos en la ley, que eran los examinados (los relativos a los bienes parafernales y los que estaban en el ámbito de la potestad doméstica). En los contratos, en particular, la mujer casada debía recabar licencia marital para poder obligarse como mandataria (art. 1716.2 CC), sí podía, por lo tanto obligarse como mandante.

También, se exigía a la mujer casada, autorización del marido y en su defecto autorización judicial para pedir la partición del caudal hereditario (art. 1053. 1 CC), aceptar herencias (art. 995 CC) y ser albacea (art. 893 CC).

De la combinación de estos preceptos, en inicio, se seguía una situación de limitación de la capacidad de la mujer en consonancia con los principios y valores que influyeron en quienes redactaron las normas pero que estaban alejados, como la doctrina posterior se encargó de resaltar, de lo que era la auténtica tradición tanto del derecho castellano como del derecho catalán.

Los actos realizados sin la debida licencia marital eran nulos, pero «Solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad» (art. 65. CC).

«Lo establecido en esta sección se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Código sobre ausencia, incapacidad y prodigalidad e interdicción del marido» (art. 66 CC).

El análisis de los preceptos hacía concluir en que «(...) La situación de la esposa, en definitiva, es próxima a la de un menor emancipado (...)»¹¹². También en que «La capacidad patrimonial de la mujer es, pues, *normalmente* limitada (según el régimen común y situación más general), pero *variable*, pues será más o menos amplia según el régimen patrimonial de la sociedad conyugal y la situación jurídica del marido (capaz, incapacitado, ausente). Las restricciones impuestas *son en favor* del marido y de sus herederos (...)»¹¹³.

La única causa de disolución del matrimonio era la muerte, no se admitía el divorcio vincular, pero sí se consideraba como separación cuya regulación derivaba de la Ley de matrimonio civil de 1870 y sólo podía instarla el cónyuge inocente. En lo que respecta al proceso la interposición y admisión de la demanda de separación (o de nulidad) mientras duraba el juicio implicaba «la adopción de medidas suficientes para evitar que el marido que hubiere dado causa al divorcio, o contra quien se dedujere la

¹¹² LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, p. 119.

¹¹³ DE CASTRO, *op. cit.*, *Derecho civil*, Tomo II, p. 259. El subrayado es del autor.

demanda de nulidad del matrimonio, perjudique a la mujer en la administración de sus bienes» (art. 68 5.º CC).

La sentencia de divorcio provocaba (art. 73, 3.º 4.º y 5.º CC):

Que el cónyuge culpable perdiera todo lo que hubiese sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, mientras que el inocente conservaba todo cuanto hubiere recibido del culpable y podía además reclamar desde luego lo que éste le hubiera prometido.

La separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer, si la tuviere el marido, y si fuere quien hubiera dado causa al divorcio.

La conservación por parte del marido inocente de la administración, si la tuviere, de los bienes de la mujer, la cual solo tendrá derecho a alimentos.

En *derecho catalán*, era y es principio general, al que aluden los juristas que intervinieron en el proceso de codificación, que el matrimonio por sí sólo no limitaba la capacidad de la persona, y que la mujer, gozaba de una libertad y autonomía más amplia que la de la mujer casada sometida a un ordenamiento distinto. Muchas fueron las voces que defendieron, precisamente en el tema que nos ocupa, la posición libre e independiente de la mujer respecto de sus bienes. Conocidas son las palabras y la valoración que hacía Duran y Bas en la *Memoria de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, a la hora de explicar la posición: «(...) pues la mujer casada puede, según aquel derecho /el romano/ y la antigua jurisprudencia del país, administrar los bienes parafernales sin necesidad de la licencia marital»¹¹⁴. Agregaba, significativamente, frente a la práctica de aplicación de la legislación castellana «A los que suponen que la mujer casada en Cataluña necesita la autorización marital para entrar en juicio, porque la legislación romana no establece nada sobre este particular, se les debe oponer que, no habiendo regido nunca en ella la Ley de Toro, el silencio de dicha legislación arguye en la mujer la capacidad común para estar en juicio»¹¹⁵.

Escasos años después de la vigencia del Código civil español, se quejaba Corbella¹¹⁶ (en 1906) de la absorción que había sufrido el derecho catalán, «(...) sin ningún motivo jurídico ni legal que lo justifique, por el derecho castellano, cuyos principios son incompatibles (...)» con las reglas relativas a la mujer casada, en particular en lo que se refiere a los bienes parafernales¹¹⁷. La tónica gene-

¹¹⁴ DURAN I BAS, *op. cit.*, *Memoria*, p. 26.

¹¹⁵ DURAN I BAS, *op. cit.*, *Memoria*, nota 2 de la p. 40.

¹¹⁶ CORBELLA, *op. cit.*, *Manual*, pp. 296 a 302.

¹¹⁷ Vide sobre este punto lo que cita Delgado Echeverría, *op. cit.*, *El régimen matrimonial*, pp. 50 y ss; *Parafernals*, pp. 79 y ss; Puig Ferriol, *op. cit.*, *L'estat civil de dona*

ral después de la publicación del Código Civil, de parte de los Tribunales, fue la de aplicar el nuevo cuerpo legal, los artículos 1381 a 1391 y el 1458 y la exigencia de licencia marital, a la mujer casada catalana en relación con la disposición de sus propios bienes. Práctica, como se viene diciendo que no era novedosa, pero que en algún extremo, al menos durante esta época, estaba legitimada por la propia ley.

En efecto, los preceptos del nuevo Código Civil del régimen de bienes era evidente que no regían en Cataluña que mantenía su derecho pendiente de que se incorporara en un Apéndice que no llegó a culminarse. El régimen de separación de bienes con dote implica que cada cónyuge mantenga la propiedad y administración y control de sus propios bienes, la mujer la tiene sobre los parafernales «(...) no hay razón alguna legal que justifique la inferioridad legal en que se coloca a la mujer casada respecto a la libre contratación sobre sus bienes extradotales»¹¹⁸. Conforme a las fuentes romanas vigentes no existía limitación alguna en la capacidad para contratar y en los poderes patrimoniales de la mujer sobre dichos bienes¹¹⁹.

Con todo, también es necesario reseñarlo, salvo en lo que se refiere a los bienes parafernales, en los demás y en el sentir respecto a la posición que cada uno de los cónyuges ocupa en el matrimonio, incluso sobre el ámbito patrimonial, la valoración y atribución de la jefatura y poder patrimonial al marido, también se proclama. No es de extrañar porque, como se ha comentado, es lo que está en la sociedad, *rectius*, en los valores del modelo que se acuña en los textos legales. Nótese, además, que la preeminencia del marido, en un régimen de bienes de separación en el que no existe un patrimonio común, ya que cada cónyuge mantiene el suyo, se limita a los bienes que componen la dote y que aquél administra, que no siempre existen. Pero es significativo de los valores que imperaban. Duran i Bas, después de reconocer que en el sistema dotal propio de Cataluña existe desigualdad entre el hombre y la mujer, la justifica con palabras que no tienen desperdicio «(...) debe haber un jefe y lo es siempre el marido, no por superioridad de sexo, sino por la superioridad natural que para la dirección de la Sociedad doméstica tienen las cualidades habituales del hombre sobre las de

casada, pp. 75 y 76; Pella y Forgas, *op. cit.*, *Derecho civil de Cataluña*. Tomo IV, pp. 164 y ss.

¹¹⁸ DURAN I BAS, *op. cit.*, *Memoria*, pp. 75 y 76.

¹¹⁹ DURAN I BAS, *op. cit.*, *Memoria*, p. 40 «(...) por derecho tradicional con raíz en el romano, ha disfrutado constantemente la mujer, para administrar sus bienes extradotales, celebrar contratos, adquirir por testamento y *ab-intestato* y comparecer en juicio sin licencia de su marido, salvo las excepciones introducidas por el derecho catalán (...)».

la mujer: la firmeza, la prudencia, la previsión y el espíritu de iniciativa y de orden que caracteriza (...)»¹²⁰.

Sin embargo, los artículos 59 y ss. del Código Civil, como se ha dicho ya, pese a todas las contradicciones que ello suponía, sí se podían aplicar, y así se hizo e incluso se admitió por algunos¹²¹, que aunque remarcaban que continuaba rigiendo en Cataluña el Derecho romano, se doblegaban al día a día de lo que imponía la práctica judicial¹²².

Por lo que se refiere a *la mujer comerciante*, comprendida bajo este término la mujer que estaba al frente de un negocio, pues la propiedad del mismo no equivalía a la posibilidad de ejercerlo, las reglas que han de considerarse son las del *Código de Comercio de 1885* que introdujo algunas innovaciones respecto de su predecesor.

Para ejercer el comercio de manera habitual, expresamente se requería, «(...) separándose de la casi totalidad de las legislaciones (...)»¹²³ tener 21 años, la libre disposición de los bienes y no estar sujeta /la persona/ «a la autoridad del padre o de la madre ni a la autoridad marital» (art. 4 CCom). La mujer casada mayor de 21 años debía contar, en consecuencia con la autorización expresa del marido que había de constar necesariamente en escritura pública (art. 6 CCom)¹²⁴. Licencia marital que, asimismo, se exigía a la mujer comerciante cuando, después de contraer matrimonio quisiera continuar en el ejercicio del comercio (art. 9.1 CCom)¹²⁵. Junto a la licencia expresa se admitía la tácita: si la mujer ejerce o continúa en el ejercicio del comercio sin oposición del marido, se presume que se ha concedido la autorización pertinente

¹²⁰ DURAN I BAS, *op. cit.*, *Memoria*, p. 53.

¹²¹ BORRELL I SOLER, *op. cit. Dret Civil*, Vol. IV, pp. 17 y ss. lo admitió sin discusión.

¹²² RAMOS, en *op. cit. Capacidad*, Segunda Parte, p. 78 (en 1892), bajo el alegato de «(...) que las costumbres son hoy distintas/ concluía en que/, tendremos que la mujer casada, según la opinión general de los autores, estará regulada su capacidad dentro del matrimonio por los mismos preceptos que en Castilla, excepto en lo que se refiere a los bienes parafernales».

¹²³ GARRIGUES, *op. cit.*, *Curso*, 5.^a ed, pp. 230, 231.

¹²⁴ Artículo 4. «Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas que reúnan las condiciones siguientes:

- 1.^a Tener la edad 21 años.
- 2.^a No estar sujetas a la autoridad del padre o de la madre ni a la autoridad marital.
- 3.^a Tener la libre disposición de sus bienes».

Artículo 6. «La mujer casada mayor de 21 años podrá ejercer el comercio con autorización del marido, consignada en escritura pública que se insertará en el Registro Mercantil».

¹²⁵ Artículo 9.1. «La mujer que al contraer matrimonio se hallare ejerciendo el comercio necesitará licencia de su marido para continuarlo».

(arts. 7 y 9 CCom)¹²⁶. En todo caso, se trate de una autorización expresa o tácita, el marido puede, mediante escritura pública, revocarla sin necesidad de expresar la causa (art. 8 CCom)¹²⁷.

Como ya se comentó *supra*¹²⁸, el sometimiento de la actividad comercial de la mujer a la autorización marital no se concibe como una limitación de la capacidad de la mujer, que se rige por la norma civil, sino que es una regla que sirve para determinar, frente a terceros (los que contratan con la mujer comerciante) qué bienes (patrimonio) responden, quedan sujetos a las resultas de la actividad comercial.

En efecto, si la mujer contaba con autorización expresa o tácita del marido para ejercer o continuar en el ejercicio del comercio «(...) quedarán solidariamente obligados a resultas de su gestión mercantil todos sus bienes dotales y parafernales y todos los bienes y derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad o sociedad conyugal, pudiendo la mujer enajenar e hipotecar los propios y privativos suyos, así como los comunes» (art. 10 CCom). En caso de que no fuera así, la actividad de la mujer no era inválida sino que la responsabilidad se ceñía, exclusivamente, a sus bienes propios.

Cuando hubiera separación judicial, el marido estuviera sometido a curaduría o ausente, la mujer mayor de 21 años podía ejercer el comercio sin necesidad de autorización marital. En estas situaciones quedaban sujetos a la responsabilidad comercial, además de los bienes propios de la mujer, los comunes que se hubieren adquirido como consecuencia del ejercicio de la actividad comercial y aquellos que se le asignaren por las normas civiles; también, la mujer podía enajenarlos e hipotecarlos (arts. 11 y 12 CCom)¹²⁹.

¹²⁶ Artículo 7. «Se presumirá igualmente autorizada para comerciar la mujer casada que, con conocimiento del marido, ejerciere el comercio».

Artículo 9. 2. «Esta licencia se presumirá concedida ínterin el marido no publique, en la forma prescrita en el artículo anterior, la cesación de la mujer en el ejercicio del comercio».

¹²⁷ Artículo 8. «El marido podrá revocar libremente la licencia concedida tácita o expresamente, a su mujer, para comerciar consignando la revocación en escritura pública, de que también habrá de tomarse razón en el Registro Mercantil, publicándose además en el periódico oficial del pueblo, si lo hubiere o, en otro caso, en el de la provincia y anunciándolo a sus corresponsales por medio de circulares».

¹²⁸ Apartado 4.1.

¹²⁹ Artículo 11. «Podrá igualmente ejercer el comercio la mujer, casada de 21 años, que se hallare en alguno de los casos siguientes:

- 1.º Vivir separa de su cónyuge por sentencia firme.
- 2.º Estar su marido sujeto a curaduría.
- 3.º Estar el marido ausente, ignorándose su paradero, sin que se espere su regreso».

Artículo 12. «En los casos a que se refiere el artículo anterior, solamente quedarán obligados a las resultas del comercio los bienes propios de la mujer, y los de la comunidad o sociedad conyugal que se hubiesen adquirido por esas mismas resultas, pudiendo la mujer enajenar e hipotecar los unos y los otros.

Solamente añadir que, en *Cataluña*, al no existir un régimen de bienes comunitario, en inicio, no era necesario que la mujer contara con la autorización marital pues, en todo caso sólo comprometía sus bienes. No obstante, también en este ámbito se produjo el intento de expansión, a todo el territorio nacional de manera indiscriminada de las reglas de los nuevos Códigos que, se ha de repetir, se preveían exclusivamente para el régimen de bienes de gananciales. Lo que, a pesar de la contradicción que ello implicaba, derivó en incongruencias que, tampoco, se solventaron más tarde cuando se publicó la Compilación en 1960¹³⁰.

En definitiva, la mujer casada no resultó bien parada con la codificación¹³¹. A contrario, no sólo la línea conservadora fue continuista sino que se acrecentó por el influjo y la importación de principios foráneos.

Concepción Arenal, como es sobradamente conocido una ferviente defensora de los derechos de las mujeres, en *La mujer del porvenir*¹³² una de sus obras más significativa, así lo pone en evidencia cuando critica a la sociedad y a las leyes del siglo XIX: «Si se exceptúa alguna artista, alguna maestra y alguna estanquera, en ninguna clase de la sociedad la mujer puede proveer a su subsistencia y la de su familia. Hija no puede auxiliar a sus padres ancianos; esposa no puede ayudar al esposo; madre, se ve en el mayor desamparo, si la muerte la deja viuda o la perversidad de su marido la abandona. De aquí su miseria y la desdicha (...); de aquí la prostitución, los matrimonios prematuros o hijos del miserable cálculo y triste necesidad, porque el matrimonio es la única carrera de la mujer».

5. SIGLO XX

La situación jurídica de la mujer, particularmente de la casada, en nuestros ordenamientos jurídicos, en lo que afecta a sus poderes jurídicos, hasta el año 1978, poco dista de lo que se lleva analizado hasta el momento. La complicada situación política de los primeros treinta años del siglo XX, la guerra civil (1936-1939) y la instauración de la dictadura durante unos largos cuarenta años, con las secuelas derivadas de los principios impuestos y maneras de con-

Declarada legalmente la ausencia del marido, tendrá además la mujer las facultades que para este caso le concede la legislación común».

¹³⁰ *Vid.*, más adelante en el apartado 5.3.

¹³¹ DEL AMO DEL AMO, *op. cit.*, *Mujer*, p. 22.

¹³² ARENAL PONTE, *op. cit.*, *La mujer del porvenir*, pp. 26 y 27.

cebir la condición de las personas y de la mujer en particular, se reflejan en las normas. La única excepción, inútil por lo que de efímera tuvo, del período republicano poca huella dejó; aunque sí fue muestra de lo que sentía y pensaba, y de los valores de un sector importante de la sociedad.

En general, los principios relativos al matrimonio y a la familia son el de jefatura, personal y patrimonial del marido frente a la mujer a quien se relega al hogar, al ámbito doméstico, al menos esa es la pretensión¹³³ y el de unidad familiar. Pese a la incorporación de la mujer al mundo laboral en las fábricas e industria y a su participación en las labores y empresas agrarias y ganaderas, que ya venía de la tradición histórica, en particular por lo que se refiere a éstas, aparte de que no se acomoda a los valores de la burguesía, el trabajo de la mujer fuera del ámbito estrictamente doméstico se admite pero de manera limitada; la admisión de la actividad extra hogareña de la mujer se relega a los casos en que se hacía patente y necesaria para el mantenimiento de la familia la aportación de un ingreso adicional al que proporcionaba el hombre.

«Durante el primer tercio del siglo xx –incluso en los años republicanos– la mujer no contaba en el ámbito social (...) la función esencial de la mujer eran el matrimonio, la maternidad y la educación de los hijos»¹³⁴

5.1 LA SEGUNDA REPÚBLICA

La Constitución de la Republica de 1931, establecía en su artículo 2 el principio de igualdad entre todas las personas: «Todos los españoles son iguales ante la ley», lo que corroboraba con la eliminación de todos los privilegios jurídicos y de las distinciones y títulos (art. 25)¹³⁵. Específicamente, el principio de igualdad para «ambos sexos» se erigió en fundamento del matrimonio (art. 43)¹³⁶, igualdad que, al menos en lo que afecta al tema que nos ocupa,

¹³³ «A principios del siglo xx el sistema patriarcal garantizaba una subordinación de la mujer y lo hacía en dos ámbitos: en primer lugar por una legislación discriminatoria, basada en el Código Penal de 1870, el Código de Comercio de 1885 y el Código Civil de 1885 /debería decir 1889/ que colocó a la mujer casada en una situación de total ausencia de autonomía laboral y personal. Era necesario el permiso del marido para trabajar, contratar, realizar compras e, incluso, para controlar su propio salario» (GISBERT GRIFO, *op. cit.*, «Mujer y sociedad», p. 10).

¹³⁴ MONTERO, *op. cit.* «Los primeros pasos hacia la igualdad» p. 153.

¹³⁵ Artículo 25. «No podrán ser fundamentos de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. «El Estado no reconoce distinciones y títulos nobiliarios».

¹³⁶ Artículo 43: «La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo

dentro de las normas generales, no dio tiempo a que se materializara en una reforma de los preceptos civiles codificados en 1889.

La *Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932* (Gaceta de 3 de julio), dictada como consecuencia del principio constitucional de aconfesionalidad del estado (art. 3)¹³⁷ restableció el matrimonio civil obligatorio¹³⁸, mantuvo el contenido de los artículos del Código Civil 1889 en lo referente a la situación jurídica patrimonial y personal de la mujer casada, las únicas modificaciones incidieron en los requisitos y la manera de celebración del matrimonio (impedimentos, licencia de los padres, competencia del juez y eliminación de la lectura del artículo 57 (art. 1. 6.^a). Así que continuaron vigentes la protección del marido y el deber de obediencia de la mujer (art. 57 CC), la obligación vivir juntos, fidelidad y socorrerse mutuamente (art. 56 CC), la administración de los bienes de la sociedad conyugal por el marido y la representación de la mujer por el marido (art. 60 CC).

Como es sabido, unos meses antes, en cumplimiento del mandato constitucional se había publicado la *Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932* (Gaceta de 11 de marzo 1932), en la que, además de éste se regulaban los efectos económicos derivados de la sentencia de divorcio (Sección tercera: *de los bienes del matrimonio*) que afectaba, directamente, a los bienes.

El divorcio era causa de disolución del régimen de bienes del matrimonio, a partir de la firmeza de la sentencia cualquiera de los ex cónyuges podía exigir la liquidación y separación de sus bienes (art. 23)¹³⁹. Sobre los bienes adjudicados a consecuencia de la liquidación cada uno de los cónyuges tenía la libre disposición y administración (art. 24)¹⁴⁰. En el caso de que contrajeran nuevo matrimonio entre sí la norma preveía que pasarían a regirse por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que hubiere sucedido en la etapa de separación. Pero antes de contraer el nuevo matrimonio habían de hacer constar, en escritura pública, los bienes que se aportaren y que éstos «serán los que constituyan,

disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa (...)».

¹³⁷ Artículo 3: «El Estado español no tiene religión oficial».

¹³⁸ Su artículo 1 establecía expresamente que «A partir de la vigencia de la presente ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo tercero del título cuarto del Libro primero del Código Civil (...)».

¹³⁹ Artículo 23: «La sociedad conyugal queda disuelta por la sentencia firme de divorcio, en virtud de la cual cada uno de los cónyuges puede exigir la liquidación y separación de sus bienes».

¹⁴⁰ Artículo 24: «Tanto el marido como la mujer adquieren la libre disposición y administración de sus propios bienes y de los que por la liquidación de la sociedad conyugal se les adjudique».

respectivamente, el capital propio de cada uno de ellos». A lo que aclaraba que «siempre se reputará nueva aportación aunque fuera de todos o parte de los bienes existentes antes de la liquidación por causa de divorcio» (art. 26).

El cónyuge culpable perdía todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el cónyuge inocente o por otra persona en consideración a éste y el inocente conservaba todo cuanto hubiese recibido del culpable y podía reclamar lo que le hubiera prometido, aunque los beneficios se hubiesen estipulado con cláusula de reciprocidad (es el texto del precepto, art. 28)¹⁴¹.

A la separación, que sólo produce la suspensión de la vida en común de los casados, «En cuanto a los bienes del matrimonio, a la guarda de los hijos y a los alimentos, se estará a lo dispuesto en el capítulo III (divorcio) de esta Ley» (art. 38).

La Constitución de 1931 proclamaba que el estado español «estará integrado por Municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía» (art. 8), lo que comportaba que aquéllas gozaran de competencias en materia legislativa. Indicaba el artículo 15. 1.^a «Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: 1.^a (...) en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España». A lo que se agregaba que «En las materias no comprendidas en los dos artículos anteriores, podrán corresponder a la competencia de las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa, conforme a lo que dispongan los respectivos Estatutos aprobados por las Cortes. (art. 16). El Estatuto de Cataluña de 15 de setiembre de 1932 señalaba que «Corresponde a la Generalidad la legislación exclusiva en materia civil salvo lo dispuesto en el artículo 15, número 1 de la Constitución (...)» (art. 11).

En el ejercicio de la competencia legislativa la *Generalitat de Catalunya* dictó varias normas¹⁴², entre ellas, por lo que afecta a la materia que estudiamos la *Llei sobre la capacitat jurídica de la dona i dels cònjuges de 19 de juny de 1934*. En ésta se contenían los principios y reglas que se consideraban propios del derecho

¹⁴¹ Un análisis de esta ley y estudio comparativo en GETE-ALONSO, *op. cit.*, «La llei republicana del divorci».

¹⁴² La Ley sobre equiparación de edad y emancipación (1934), la Ley de sucesión intestada (1936).

catalán que, con alguna excepción, después harían transito a la Compilación de derecho civil especial de Cataluña de 1960, aunque, también, puestas al día, acordes a la sociedad a la que se iba a aplicar.

Conforme a lo que se contiene en dicha ley:

– El matrimonio no era causa modificativa de la capacidad de obrar de la mujer (art. 2)¹⁴³, tampoco del marido. No obstante, era necesario aludir expresamente a la mujer para evitar los equívocos que había provocado el hecho de que los preceptos del Código civil español establecieran diferencias. Como se ha comentado, los artículos de éste no llegaron a modificarse, de donde pese a la proclamación constitucional de igualdad ésta no se producía realmente.

– Marido y mujer son iguales, el matrimonio, se proclamaba expresamente, no concede autoridad al marido sobre la mujer, ni tampoco le otorga su representación (art. 3)¹⁴⁴. La mujer tiene la misma capacidad que el hombre, sin perjuicio de las disposiciones particulares derivadas de causas fisiológicas (art. 1)¹⁴⁵.

– Libertad de ejercicio, para cada uno de los cónyuges, de su profesión, oficio, cargo, comercio o industria, sin obligar al otro cónyuge y con el límite del cumplimiento de los deberes familiares (art. 4)¹⁴⁶.

– Autonomía e independencia patrimonial de la mujer y del marido. Cada uno los cónyuges no sólo es el titular y administrador de su propio patrimonio sino que, puede adquirir, enajenar y gravar sus bienes. Ambos, individualmente, tienen capacidad para contratar, obligarse y realizar actos jurídicos, ninguno de los cónyuges debe contar con la licencia del otro (art. 5)¹⁴⁷. Lo que se complementa con la regla de libertad de contratación de los cónyuges entre sí, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de revocabilidad de los actos otorgados a título lucrativo ya inter vivos, ya mortis causa (art. 6)¹⁴⁸.

¹⁴³ «El matrimoni no és causa modificativa de la capacitat d'obrar de la dona» (art. 2).

¹⁴⁴ «El matrimoni no concedeix al marit autoritat sobre la Muller ni li atroga la seva representació» (art. 3).

¹⁴⁵ «La dona té la mateixa capacitat civil que l'home. Aquesta igualtat no impideix les disposicions particulars a un dels dos sexes, derivades de causes fisiològiques, com la fixació de l'edat núbil i la prohibició a la vídua de contraure nou matrimoni abans d'haver transcorregut el període legal» (art. 1).

¹⁴⁶ «Els cònjuges poden exercir professió, ofici, càrrec, comerç o indústria que no els impideixi el compliment del deures familiars i sense obligar l'altre cònjuge» (art. 4).

¹⁴⁷ «Cadascun dels cònjuges podrà, sense llicència de l'altre, adquirir per títol oneros o lucratiu, alienar i gravar els seus béns, comparèixer en judici i en general, contractar i obligar-se i realitzar tota mena d'actes jurídics. Això, no obstant, cap cònjuge no pot adoptar sense consentiment de l'altre» (art. 5).

¹⁴⁸ «Els cònjuges poden celebrar entre ells tota mena d'actes jurídics, sense perjudici de la revocabilitat, bé per actes entre vius, bé per actes de darrera voluntat, dels actes a

– En consonancia con el principio de igualdad, se derogaban expresamente las disposiciones vigentes que contenían restricciones a la capacidad de actuación de la mujer; en particular la prohibición de afianzamiento de tercero y la particular referida al afianzamiento del marido (el senadoconsulto Veleyano y la auténtica *Si qua muller*) (art. 7)¹⁴⁹.

La Guerra Civil (1936-1939) implicó una vuelta a la situación anterior, tanto en la organización del estado como en las leyes de derecho privado (las relativas a las personas). Mediante la Ley de 5 de abril de 1938 se derogó el Estatuto de Cataluña con efectos retroactivos al 17 de julio de 1936. Lo que se complementó con la disposición fechada el 8 de setiembre de 1939 («BOE» de 30 de setiembre de 1939)¹⁵⁰ en cuyo artículo único se disponía que «(...) queda sin efecto y, por tanto, dejarán de aplicarse desde esta fecha, todas las leyes, disposiciones y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, restableciéndose en toda su integridad el derecho existente al promulgarse el Estatuto».

De otra parte, como consecuencia de la ideología y de los principios que impusieron los vencedores acerca de la familia y de la función de la mujer en ésta, quedaron completamente eliminados los principios y las leyes dimanadas de la República. Mediante la Ley de 12 de marzo de 1938¹⁵¹ se derogó la Ley de 28 de junio

títol lucratiu. En cap cas, durant la vigència del matrimoni, no podrà l'un d'ells executar els béns de l'altre» (art. 6).

¹⁴⁹ «Queden expressament derogades les disposicions d'excepció a favor de la dona que consignen el «Senatusconsultus Velleianus» l'Authentica «Si qua Muller», el capítol VIII de la novel.la 134, el capítol XI del *Recognoverunt proceres*» i el costum I, paràgrafa 1 i 2, rúbrica 7 del llibre IV del «llibre de les costums escrites de la ciutat de Tortosa».

¹⁵⁰ La justificación de la norma no tiene desperdicio. Se lee lo siguiente:

«La Ley de cinco de abril de mil novecientos treinta y ocho afirmando los principios que informan el espíritu de nuestro salvador Movimiento, declaró en su preámbulo sin validez jurídica, desde el diecisiete de julio de mil novecientos treinta y seis, el Estatuto de Cataluña, reflejo exacto de un régimen profundamente disgregador, que implicaba la negación de aquellos vínculos consustanciales con la unidad nacional.

Pero en su parte dispositiva sólo dedujo las consecuencias de tal invalidez en el orden administrativo, sin hacer referencia a otras cuestiones jurídicas de señalada importancia que la intervención del parlamento Catalán y del Tribunal de Casación provocaron en el orden del Derecho civil con sus audacias reformadoras; por lo cual se hace imprescindible completar las disposiciones de la mencionada Ley, extendiendo los efectos del principio sentado en ella a los problemas planteados por la legislación y jurisprudencia regional derivados del invalidado Estatuto de Cataluña. En su virtud, dispongo (...).

¹⁵¹ Se leía en la Exposición de Motivos de esta Ley: «La Ley de 28 de junio de 1932 constituye una de las agresiones más alevosas de la República contra los sentimientos católicos de los españoles, y al instituir el matrimonio civil como el único posible legalmente en España, desconociendo el aspecto religioso intrínseco de la institución, creó una ficción en pugna violenta con la conciencia Nacional». Así que en el Artículo 2. se estableció: «Los matrimonios católicos celebrados durante la vigencia de la Ley de 23 de junio de 1932, producirán todos los efectos civiles desde su celebración, sin perjuicio de los derechos adquiridos a título oneroso por terceras personas».

de 1932 sobre el matrimonio civil, y la Ley de 23 de setiembre de 1939 hizo lo mismo con la Ley del divorcio¹⁵², en ambos casos con eficacia retroactiva pues el objetivo fue borrar jurídicamente la etapa republicana.

Las consecuencias más acusadas, precisamente, se produjeron para la mujer a la que se intenta eliminar de la vida pública y laboral, y se la relega al ámbito doméstico de acuerdo con el ideario falangista, protagonizado por la Sección femenina¹⁵³. Las leyes fundamentales del instaurado régimen del nacionalcatolicismo, expresamente lo manifestaban. El *Fuero del Trabajo* (Decreto de 9 de marzo de 1938) proclamaba (II. 1) «El Estado se compromete a ejercer una acción constante y eficaz en defensa del trabajador, su vida y su trabajo. Limitará convenientemente la duración de la jornada para que no sea excesiva, y otorgará al trabajo toda suerte de garantías de orden defensivo y humanitario. *En especial prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres y niños, regulará el trabajo a domicilio y libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica*».

La supresión de la legislación innovadora de la etapa republicana, desde el punto de vista jurídico supuso la vuelta a los preceptos del Código civil de 1889, y al derecho catalán del siglo XIX que pese a la ardua labor y discusiones, aún no contaba con un texto

¹⁵² Se decía en su exposición de motivos «(...) devolviendo, así, a nuestras Leyes el sentido tradicional católico». Previamente a la derogación de la ley se paralizaron los procesos de divorcio en curso por el Decreto de 2 de marzo de 1938, después se derogó la Ley de divorcio por la Ley de 23 de setiembre de 1939 (art. 1). En sus disposiciones transitorias se estableció:

«Primera.—Las sentencias firmes de divorcio vincular, dictadas por los Tribunales civiles, a tenor de la ley que se deroga, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, se declararán nulas por la autoridad judicial, a instancia de cualquiera de los interesados.»

«Segunda.—Las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la ley que se deroga y en que uno o ambos de los cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma, encontrándose ligados canónicamente a otra persona, se entenderán disueltas para todos los efectos civiles, mediante declaración judicial solicitada a instancia de cualquiera de los interesados.»

«Tercera.—Serán causas bastantes para fundamentar las peticiones a que se refieren las presentes disposiciones, el deseo de cualquiera de los interesados de reconstituir su legítimo hogar, o simplemente, el de tranquilizar su conciencia de creyentes.»

«Sexta.—Ningún cónyuge divorciado por sentencia firme con arreglo a la Ley que se deroga podrá contraer con tercera persona nuevo matrimonio en tanto subsista su vínculo canónico. Esta prohibición comprende al cónyuge divorciado que habiendo celebrado segundas o ulteriores uniones civiles se considere civilmente viudo en tanto no se declare la nulidad de su matrimonio canónico que primeramente contrajo.»

¹⁵³ GISBERT GRIFO, *op. cit.*, «Mujer y sociedad» p. 10, explica que «(...) Pilar Primo de Rivera, Delegada nacional de la Sección femenina de Falange, proclama, en mayo de 1939, que la única misión de la mujer es el hogar y, sucesivamente, se va legislando de acuerdo con esta idea: se trató de obligar a la mujer casada a abandonar el trabajo (en el caso de que no lo hiciera no tenía derecho a subsidios familiares) y se prohíbe el ejercicio de profesiones tales como la abogacía del estado, notarias o la judicatura».

que como Apéndice pudiera ser presentado y aprobado¹⁵⁴. Como gráficamente expresa Valpuesta Fernández¹⁵⁵ «(...) con la pérdida de las libertades en España *las cosas vuelven a su cauce* y la mujer al hogar, en una estructura familiar que en poco difiere de la existente antes del cambio democrático de la Segunda Republica: preferencia por la familia legítima, a la que se blinda con un conjunto de presunciones de paternidad del esposo, y relaciones marcadas por la sumisión y dependencia de las mujeres respecto del marido y sometimiento de los hijos a la autoridad del padre».

5.2 LA COMPILACIÓN DE 1960

Terminada la guerra civil, la desaparición de las regiones autónomas y de la potestad de éstas de legislar, ante la imposición de la dictadura y el estado único, se volvió a plantear, de nuevo la cuestión de la manera en que los Derechos civiles propios (Derechos forales) habían de conservar su derecho que, en inicio, debía incorporarse a través de Apéndices al Código Civil de 1889. En el *Congreso Nacional de Derecho Civil*, celebrado en Zaragoza del 3 al 9 de Octubre de 1946, en vistas a lograr el *desideratum* del Código Civil único (para toda la península) se acordó un proyecto escalonado en el tiempo. La primera etapa se llevaría a cabo a través del sistema de la Compilación de las instituciones forales; la segunda tendría lugar una vez se publicaran las diversas Compilaciones y, después tras un periodo de divulgación y estudio, se determinaría la fórmula mejor para recoger el Código general del Derecho Civil español.

La fórmula Compilación comprendía no sólo la labor de recoger las instituciones que conviniera conservar, sino algo más amplio a fin de mantener todas las que fueren propias y también el restablecimiento de las que no hubieren decaído en desuso. El Derecho foral, además, ya no tendría la calificación jurídica de excepcional y debía ordenarse sistemáticamente.

Las conclusiones de este Congreso se recogieron por el *Decreto de 25 de mayo de 1947* que ordenó la creación de Comisiones de Juristas de reconocido prestigio y autoridad cuya labor era la de

¹⁵⁴ De hecho, a la arribada de la Segunda Republica estaba finiquitado el proyecto de Apéndice de 1930 e incluso llegó a presentarse, por la Lliga catalana, una proposición de Ley el 21 de marzo de 1933, en la que se solicitaba que se promulgara (art. 1.º) adaptando los preceptos del mismo que pudieran estar en contradicción con las disposiciones del Estatuto, la Constitución o las leyes republicanas de vigencia general (art. 2.º). Pero no llegó a buen fin. Acerca del proceso de compilación del Derecho Civil *Vid.* SALVADOR CODERCH/MIRAMBELL ABANCO, *op. cit.*, *Comentarios*, Tomo XVII, Vol. 1, «Comentario al artículo 1 de la Compilación».

¹⁵⁵ VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *La disciplina constitucional*, pp. 259 y 260; el subrayado es de la autora citada.

formular los correspondientes anteproyectos para su estudio y aprobación (art. 1). El artículo 3 manifestaba, claramente, la diferencia entre el anterior sistema de Apéndices y el nuevo de las Compilaciones, al afirmar que el objetivo era «(...) llegar a una sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades del momento presente»; lo que debería hacerse «adaptándose a la sistemática del Código Civil».

Fruto del proceso compilador fueron las Compilaciones de Vizcaya y Alava (Ley de 30 de julio de 1959); Cataluña (Ley de 21 de julio de 1960); Baleares (Ley de 19 de abril de 1961); Galicia (Ley de 2 de diciembre de 1963); Aragón (Ley de 6 de abril de 1967) y Navarra (Ley de 1 de marzo de 1973). La mayor parte de ellas, fueron objeto de modificaciones importantes después de la Constitución de 1978 y en la actualidad están sustituidas por nuevos cuerpos legales.

En todo caso las Compilaciones eran leyes independientes del Código Civil, pero de carácter estatal pues las regiones con derecho propio carecían de autonomía legislativa. De modo que las Compilaciones se aprobaron, a excepción de la Compilación de Navarra, por las Cortes Generales. A pesar de ser cuerpos legales más homogéneos y sistemáticos, no fueron nunca un sistema completo, por los diversos recortes que tuvieron los proyectos presentados, pero, también, porque no respondían del todo a la técnica de la codificación, lo que obligaba a un sistema de heterointegración que hacía actuar al Código Civil como derecho supletorio en defecto del supletorio propio (Base 5 del CC y antiguo art. 12 CC).

La Compilación del derecho civil especial de Cataluña (Ley 40/1960 de 21 de julio) (en adelante CDC) recogía, en esencia, los principios que estaban vigentes en la materia. En concreto, mantuvo el principio de libertad y autonomía de marido y mujer y la falta de sumisión de la mujer al marido en el ámbito patrimonial, particularmente respecto de los bienes parafernales para cuya administración y disposición no debía contar con la licencia del marido.

Indicaba el artículo 7 CDC: «El régimen económico familiar de los cónyuges será el convenido en sus capitulaciones matrimoniales, que podrán otorgarse antes del matrimonio o durante el mismo, necesariamente en escritura pública, y serán irrevocables salvo lo prevenido en esta Compilación. En defecto de pacto, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes *que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición*

de los bienes propios, sin perjuicio del régimen especial de la dote, si la hubiera».

Interesaba, en aquel momento y dada la práctica de los tribunales comentada, dejar claro desde el inicio, que la licencia marital no era necesaria dada la independencia y autonomía de los cónyuges en el ámbito patrimonial en el régimen legal de separación de bienes. Vinculando, de este modo, la necesidad o, en su caso la ausencia de licencia, al régimen de bienes se preservaba el derecho propio a la par que se evitaba que los tribunales, y la práctica jurídica, exigieran a la mujer casada catalana la autorización del marido. Con todo, en la realidad práctica, fuera del estricto ámbito del régimen matrimonial, y aun así con vacilaciones, la verdad fue que hasta que la Ley 14/1975 de 2 de mayo no eliminó la licencia marital, continuó requiriéndose a la mujer catalana, cuando menos como medida preventiva (para «curarse en salud»).

Los bienes parafernales, a los que la Compilación seguía llamando así, se definían por contraposición a los dotales: con la condición que no formen parte de la dote, tienen tal carácter «todos los bienes propios de la mujer al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que por cualquier título adquiriera después de contraído». En la duda respecto al carácter de los bienes propios de la mujer, se presumía que eran parafernales (art. 49.1 CDC).

«La mujer tendrá el dominio, disfrute y libre administración de los bienes parafernales, pudiendo adquirirlos, enajenarlos, gravarlos, defenderlos en juicio y aceptar y repudiar herencias y legados sin licencia de su marido, el cual no estará obligado a contribuir a los gastos que la gestión y defensa de dichos bienes ocasione» (art. 49.2 CDC).

La mujer respecto de estos bienes y de acuerdo con las notas que señalara el derecho tradicional (art. 49.3 CDC) ostentaba:

a) Su *dominio* absoluto y las facultades inherentes a dicha titularidad dominical que, pormenorizadamente, enumeraba el precepto: «(...) pudiendo (...), enajenarlos, gravarlos y defenderlos en juicio (...)».

b) Su total *disfrute*: lo que suponía la percepción de los frutos que produzcan, pues éstos no estaban ligados al sostenimiento de las cargas familiares sino sólo excepcionalmente y en el específico caso previsto en la ley¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Artículo 50 CDC: «Si los recursos propios del marido y los frutos y rentas de la dote fueren insuficientes para sostener los gastos familiares, la mujer deberá contribuir a ellos con los frutos y rentas de sus bienes parafernales. Cesará la anterior obligación cuando los cónyuges vivan separados y no haya hijos del matrimonio».

c) Su *libre administración*: sin que ésta se atribuyera al marido sino sólo en el caso de que la mujer, expresa o tácitamente (cfr. art. 51) se la hubiere encomendado.

Estas facultades de la mujer sobre sus bienes propios, en principio, como se observa nada disienten de las que corresponden a cualquier propietario sobre sus bienes. Lo que explicaba su regulación separada era que ante la eventualidad de que durante el matrimonio pudieran existir distintas masas patrimoniales de la mujer, debía establecerse su régimen diferente frente a los bienes dotales.

La mujer podía conferir a su marido, expresa o tácitamente, la administración de los bienes parafernales y revocar, restringir o condicionar en cualquier tiempo tal concesión, aunque la entrega constare en escritura pública. En el caso de que los bienes fueren inmuebles, incluso la mujer, cuando hubiere transferido su administración al marido, podía exigirle que constituyere hipoteca en garantía de su devolución. El marido administrador de los bienes parafernales debía devolverlos cuando procediera o le fuese pedida la restitución, con los frutos existentes y aquellos con que se hubiere enriquecido. Todo pacto en contrario, otorgado durante el matrimonio, estaba tachado de nulidad (art. 51 CDC)¹⁵⁷.

Los bienes dotales, que se aportaban para contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales, según sea la dote estimada o inestimada, devenían propiedad del marido o éste era su administrador, y se restituían a ésta o a sus herederos cuando se disolviera el matrimonio (art. 28 y ss. CDC). Mención aparte merecen las instituciones dotales: el aixovar (art. 41 y 42 CDC), el cabalatge (art. 43 CDC), l'escreix (arts. 44 a 47 CDC) y el tantudem (art. 48 CDC), cuyo régimen, del que podía derivarse alguna discriminación entre el marido y la mujer, dependía del régimen matrimonial de separación de bienes.

No obstante, ya en el mismo momento en que se promulgó la Compilación, el régimen de bienes del matrimonio catalán había derivado, en la práctica en un régimen de separación absoluta, dado que tanto la dote como las demás instituciones en torno a ella, habían caído en desuso. De ahí que, las diferencias que pudieran subsistir entre el hombre y la mujer, por razón del régimen matrimonial, resultaren, cada vez más, incompatibles con el principio de autonomía patrimonial de la mujer.

Corolario de que el matrimonio no afectaba a la capacidad de los cónyuges era el reconocimiento de libertad de contratación entre ellos frente a la restricción que existía en el Código civil español, si

¹⁵⁷ Sobre estos bienes en la Compilación de 1960 me remito a lo dije en «Comentarios a los artículos 49 a 51 de la Compilación». Tomo XXVII, Vol 1.

bien sólo se aplicaba al régimen legal de separación de bienes. «En régimen de separación de bienes serán válidos los actos y contratos que, durante el matrimonio, celebren entre sí los cónyuges a título oneroso; en caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados» (art. 11 CDC).

El afán de los compiladores por mantener las instituciones propias, herencia del derecho romano y del canónico, derivó, desafortunadamente y como es bien conocido, en que se recogieran en la Compilación de 1960 algunas reglas que, aunque no habían sido derogadas expresamente, sin embargo ya habían caído en desuso o, a contrario, la práctica las había olvidado o había creado medios para evitarlas. Esto es lo que sucedió en relación con algunas normas restrictivas de la capacidad de los cónyuges, y en particular de la mujer, recogidas en la Compilación donde pervivieron hasta que ésta fue adaptada a los principios constitucionales en el texto refundido de 1984 (Ley 13/1984, de 20 de marzo). Se trata de:

– La prohibición de donaciones entre cónyuges (arts. 20 a 22 CDC), que se fundaba en la presunción de que el *animus donandi* entre los esposos derivaba de una suerte de captación de la voluntad, que las tachaba de nulas, aunque con posibilidad de convalidación por muerte del donante sin haberla revocado¹⁵⁸.

– La *presunción Muciana* (art. 23 CDC)¹⁵⁹, en virtud de la cual los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia o el precio invertido en ellos, no podía justificar, se consideraba que habían sido donados por el marido (con la consiguiente revocabilidad de la donación y las consecuencias correspondientes para el patrimonio de la mujer)¹⁶⁰.

Crítica separada merece que la Compilación de 1960 mantuviera la prohibición de que la mujer pudiese otorgar fianza a favor de tercero, salvo que cobrara por ello, fuere mujer comerciante o llegara a ser deudora principal de la obligación y, para la mujer casada la prohibición de otorgar fianza o intercesión a favor de su marido (arts. 321

¹⁵⁸ Sobre la prohibición de donaciones y la presunción muciana me remito a lo que estudié, *in extenso*, en *op. cit.*, «Comentarios a los artículos 20 a 23 CDC». Tomo XXVII Vol. 1.

¹⁵⁹ Decía este precepto: «Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiese verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por el marido».

¹⁶⁰ El origen del precepto se encontraba: de una parte en sendos textos del *Cuerpo Justiniano*: *Codex V, 16, 6* y *Digesto XXIV, 1, 5*; de otra, el Derecho Municipal Local Catalán: *Costums de Tortosa, V, 1, 8*. Sin embargo, la redacción moderna de la presunción derivó directamente de la interpretación que de la misma hizo el compilador Roca Sastre; lo que provocaba un desfase entre la norma genuinamente romana y la contenida en el artículo 23 Compilación. Me remito a lo que expliqué en *op. cit.* «Comentario al artículo 23 CDC».

y 322)¹⁶¹, que no desapareció hasta el texto refundido de la *Llei 13/1984*. Instituciones éstas que, curiosamente, de alguna manera se «resucitaron» por quienes redactaron la Compilación por el prurito de conservar todo lo que era propio, pues la equivalente que existía en el derecho castellano no pasó al Código civil. De hecho, tanto el *senadoconsulto Veleyano* como la *Auténtica si qua muller* habían dejado de practicarse y estaba al orden del día la renuncia.

En efecto, la doctrina y la práctica habían asumido la posibilidad de renuncia cuya validez no se discutió y la ley republicana de 1934, como se ha relatado, para evitar cualquier duda dejó sin efecto tanto el *senadoconsulto* como la auténtica. El que, finalmente se recogiera en la Compilación de 1960 se inició a partir de que Durán i Bas calificara como «nulo el acto (...) cuando la mujer intercede a favor del marido contra lo que la Auténtica *Si qua muller* previene (...) sin que valga la renuncia a aquella, ni aún corroborada con juramento»¹⁶². Pese a ello, en la trayectoria que llevó a la redacción de la Compilación de 1960, no todos los proyectos introdujeron la prohibición, aunque sí el de 1955-1956 que fue la base del texto definitivo¹⁶³.

En lo que afecta a la *mujer comerciante* la situación derivada de la Compilación y de la normativa general del Código de Comercio fue, durante bastante tiempo, paradójica por más que el hecho de que en la Compilación no se recogiera la necesidad de licencia marital y que ésta se vinculara al régimen de bienes, que no a la capacidad patrimonial, pareciera que solucionaba cualquier duda que pudiera plantearse. Antes al contrario, al no haber efectuado

¹⁶¹ Artículo 321: «La mujer no quedará obligada, en virtud de fianza o intercesión por otro, pudiendo repetir como indebido lo que hubiere pagado o cumplido por ello.

No gozarán de este beneficio: las mujeres que afianzaren o intercedieren mediante remuneración o compensación proporcionada u obrando con dolo, las que ejercieren el comercio y las que, después del afianzamiento, llegaren a ser deudoras principales de la obligación.

Este beneficio será renunciabile de modo expreso en todo momento».

Artículo 322: «Será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiere invertido en utilidad de ella misma y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión.

Cuando marido y mujer se obliguen conjuntamente, ésta, aunque participasen otras personas, responderá con carácter mancomunado simple.

Serán válidas las hipotecas constituidas conjuntamente por marido y mujer, solos o con otros partícipes, si la obligación garantizada es mancomunada y proporcional a sus respectivas cuotas o derechos en la cosa hipotecada».

¹⁶² DURÁN I BAS, *op. cit.*, *Memoria*, p. 160. En consecuencia, en el texto articulado, proponía lo siguiente: artículo CLXXXVII: «En Barcelona la mujer no queda obligada en los contratos de mútuo y depósito que celebra con su marido mientras sean suficientes los bienes de éste; y en caso de no serlo, sólo lo queda en cuanto a la mitad, aún cuando hubiere jurado y renunciado al beneficio del Senadoconsulto Vellejano y a los demás que la favorezcan».

¹⁶³ PUIG FERRIOL/ROCA TRÍAS, *op. cit.*, *Fundamentos*, II, p. 184.

una previsión expresa acerca de este extremo, en el sentido positivo de que la mujer no quedaba sometida a la autoridad del marido en el ámbito patrimonial, creó, en palabras del profesor Delgado Echeverría ¹⁶⁴ «(...) un vacío legal en la disciplina de las relaciones entre cónyuges catalanes, que muestra su trascendencia sobre todo en tema de capacidad de la mujer casada para el ejercicio del comercio (...)» lo que deriva en ¹⁶⁵ «(...) que la situación de la mujer casada catalana en cuanto al ejercicio del comercio es pintoresca y contradictoria».

En efecto, según las reglas del Código de Comercio conocidas ¹⁶⁶ la mujer casada requería autorización del marido para ejercer o continuar el comercio. La eficacia de dicha licencia se proyectaba, no en la validez o invalidez de su actuación jurídica patrimonial, regida por las normas civiles, sino sobre los bienes que resultaban comprometidos como consecuencia del ejercicio del comercio. Pues bien, la mujer casada catalana bajo el régimen de separación de bienes, que actuaba con el asentimiento del marido en nada amplía sus facultades patrimoniales sobre otros bienes distintos de los propios. Civilmente, recordemos, el matrimonio no veta, a la mujer casada catalana su capacidad personal, pero tampoco patrimonial porque es autónoma e independiente al no requerir licencia marital.

De donde se seguía la situación pintoresca, contraria a los principios mercantiles (facilitar el comercio y evitar trabas), denunciada por Delgado Echeverría, que hacía de peor condición jurídica a la mujer casada catalana para el ejercicio del comercio que para el desempeño de cualquier otra profesión u oficio a los que podía acceder libremente, por aplicación de las reglas civiles, a salvo de las excepciones que existían en algún sector concreto ¹⁶⁷. Lo absurdo de la situación se revelaba a la hora de adoptar un criterio sobre la validez o no de los actos efectuados por la mujer, en el ejercicio de un comercio para el que no tenía licencia o incluso para los que se había opuesto el marido. «¿Qué podía hacer el marido? ¿Acudir a la autoridad gubernativa para que cierre el establecimiento de la mujer? ¿Cerrarlo por su propia autoridad? ¿Retener a la mujer incomunicada con sus clientes? ¿Cambiar de residencia y obligar a la mujer a seguirle? ¿Exigirle indemnización pecuniaria por la infracción de sus deberes familiares? ¹⁶⁸».

¹⁶⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, *El régimen matrimonial*, p. 60.

¹⁶⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, *El régimen matrimonial*, p. 139.

¹⁶⁶ En ese momento eran las que provenían de la *Ley 56/1961 de 22 de julio* (sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer). *Vid* más adelante, apartado 5.3.2.

¹⁶⁷ Como la derivada de la Ley de Contratos de Trabajo. Sobre esta cuestión, en extenso *Vid* ESPUNY TOMÁS, *op. cit.*, «Aproximación histórica», pp. 1 y ss.

¹⁶⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, *El régimen matrimonial*, pp. 140.

Ante esta situación lo razonable era entender que los preceptos del Código de Comercio en Cataluña no se aplicaban, de manera que la mujer casada catalana no requería autorización del marido en el ámbito mercantil. No obstante, amén de que este problema no pareció preocupar a la doctrina que escasamente se ocupó de él¹⁶⁹, el resto y la jurisprudencia, como venía siendo la tónica inveterada en esta materia, mantuvo la tendencia formal y conservadora, característica de exigir licencia marital.

5.3 LAS LEYES DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

A mediados de los años cincuenta del siglo xx, motivado por los compromisos asumidos por el estado, el desarrollo de la sociedad e incorporación de España al ámbito internacional, se empezaron a dictar leyes, unas de modificación del Código civil, otras separadas de éste, que introdujeron algunas novedades y cierta mejora en la posición jurídica de la mujer. Se han de mencionar, fundamentalmente, tres: la Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código civil, la Ley 56/1961, de 22 de julio sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer y la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código civil y de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. Además se ha de hacer referencia a la modificación del Título preliminar del Código civil que se produjo en 1974.

5.3.1 Ley de 24 de abril de 1958

La Ley de 24 de abril de 1958, se dictó¹⁷⁰, según nos indica su Exposición de Motivos «(...) para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato concertado el 27 agosto 1953 entre la Santa Sede y el Estado español (...)» y, entre otras cuestiones «(...) aborda el problema de la capacidad jurídica de la mujer, que hace mucho tiempo se hallaba planteado (...)». Consecuencia de ello fue que se admitió que la mujer pudiera ser designada como tutora y que pudiera actuar como testigo en los testamentos.

¹⁶⁹ Los estudios más significativos son los de DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.* *El régimen matrimonial*, pp. 135 a 144, y PUIG SALELLAS, *op. cit.*, «Notas sobre la autonomía patrimonial» p. 219.

¹⁷⁰ Explica VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *La disciplina constitucional*, pp. 262 y 263 que la elaboración de la ley «(...) se debe en gran medida a la intervención de la abogada falangista Mercedes Fórmica».

En lo que afectaba al ámbito patrimonial la ley modificó alguno de los artículos del Código civil, para tomar en consideración la autonomía de la mujer, aunque sin eliminar la jefatura única del cabeza de familia. La explicación se lee en la Exposición de Motivos, de la que huelga cualquier comentario¹⁷¹: «Si bien es cierto que el sexo, por sí, no debe dar lugar a diferencias y menos a desigualdades de trato jurídico civil, ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como principio fundamental, que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, *pero sí ciertas diferencias orgánicas, derivadas de los cometidos que en ella incumben a sus componentes, para el mejor logro de los fines morales y sociales, que, conforme al Derecho natural, está llamada a cumplir*. Se contempla, por tanto, la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal, en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido, dentro de un régimen, en el que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica, que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo, las relaciones entre los cónyuges».

De una parte, se modificaron los preceptos relativos a las medidas cautelares y los efectos de la separación y declaración de nulidad del matrimonio. Los nuevos preceptos (arts. 68 y 72 y 73 CC)¹⁷² mantenían el mismo criterio anterior de hegemonía del marido en

¹⁷¹ El subrayado es mío.

¹⁷² Artículo 68 CC: «Admitidas las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, el Juez adoptará, durante la sustanciación del proceso, las medidas siguientes: (...)

4.^a En cuanto al régimen económico matrimonial se seguirán las siguientes reglas:

El marido conservará la administración y disposición de sus bienes.

Se transferirá a la mujer la administración de los parafernales que hubiese entregado al marido pero necesitará autorización judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria.

Se mantendrá, en cuanto a los bienes dotales, el régimen anterior a la presentación de la demanda, salvo que el Juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada.

El Juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá excepcionalmente, conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.

Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales cualquiera que sea el cónyuge que los administre.

Se procederá con criterio análogo al señalado en esta regla cuarta cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de gananciales.

5.^a Señalar alimentos a la mujer, y en su caso al marido, así como a los hijos que no queden en poder del obligado a dar alimentos, sin que éste pueda optar por prestarlos en la propia casa.

6.^a Acordar si procede, el abono de litis expensas, determinando la cuantía y la persona obligada al pago».

Artículo 72 CC: «La sentencia firme de nulidad producirá, respecto de los bienes del matrimonio los mismos efectos que la disolución por muerte, pero el cónyuge que hubiera obrado de mala fe no tendrá derecho a los gananciales.

Si la mala fe se extendiera a ambos, quedará compensada».

Artículo 73 CC: «La ejecución de separación producirá los siguientes efectos (...):

la administración de los bienes, pero introducían variantes: se admitía que la mujer pudiera recuperar los bienes parafernales que hubiere entregado en administración al marido e incluso se preveía que le fueran asignados bienes gananciales en administración; para los actos que excedieran de la administración ordinaria, tanto la mujer como el marido debían recabar autorización judicial. Sin embargo, no se tocaron los artículos relativos a los derechos y deberes de los cónyuges, en los que se contenían, como se vio, los principios del sistema.

La innovación más significativa de esta ley afectó al poder omnímodo de administrar y disponer del marido en relación con determinados bienes de la sociedad de gananciales para los que introdujo la necesidad de que la mujer prestara su consentimiento. En concreto, dispuso que para los actos de disposición y gravamen de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, había de contarse con el consentimiento de la esposa. La nueva redacción del artículo 1413 CC establecía que:

«El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero *necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial* a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, *para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.*»

«Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de primera Instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.»

«En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados.»

También, son clarificadoras las palabras de la Exposición de motivos en las que se justifica la matización: «Los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales quedan, sin mengua del siste-

4.º La separación de los bienes de la sociedad conyugal, teniendo cada uno el dominio y administración de los que le correspondan.

5.º La conservación por parte del cónyuge inocente y pérdida por el culpable del derecho a los alimentos.

6.º El cónyuge inocente, el tutor de los hijos o el Ministerio Fiscal podrán pedir hipoteca legal suficiente sobre los bienes del culpable, retención de sueldos y salarios, depósito de valores y cuantas medidas cautelares sean necesarias para que pueda cumplirse lo estatuido en el párrafo segundo del artículo 1434».

ma, más protegidos, al exigirse su consentimiento en los actos dispositivos de inmuebles o establecimientos mercantiles y al preverse posibles cauciones judiciales, que los defiendan frente a una imprudente actuación marital. No ha dejado de considerarse la crítica de que podría ser objeto tal criterio, habida cuenta de la importancia económica del patrimonio mobiliario; pero se ha juzgado oportuno orientar en tal sentido la reforma, con el propósito de limitar en la mayor medida posible las perturbaciones que en el tráfico jurídico puede introducir la obligada intervención de ambos cónyuges en los actos de disposición. Por otra parte, se ha tenido presente que los bienes inmuebles, si no representan en todos los casos un mayor valor económico, sí son los que de ordinario encarnan valores de uso y afección, muy ligados al desenvolvimiento de la vida de la familia, al paso que los establecimientos mercantiles son, frecuentemente, la expresión de un modo de vida que puede afectar por entero a la economía doméstica».

En el ámbito *comercial*, se preguntaba Garrigues si, después de la Ley de 24 de abril de 1958, la mujer necesitaba del consentimiento del marido para realizar actos de disposición sobre sus bienes gananciales, a lo respondía que no porque el artículo 10 no se había derogado¹⁷³.

5.3.2 Ley 56/1961 de 22 de julio

Cronológicamente, la siguiente norma es la Ley 56/1961 de 22 de julio (*sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer*), ley separada de los cuerpos codificados¹⁷⁴.

En ésta, al menos teóricamente, se reconocía el derecho de la mujer a ejercitar «todo tipo de actividades políticas, profesionales y de trabajo» (art. 1) sin más limitaciones que la que establecía la misma. Se otorgaba a la mujer el derecho a concertar cualquier clase de contrato de trabajo (art. 4). Sin embargo, salvo disposición expresa la mujer no podía acceder a las Armas y Cuerpos de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire; tampoco a los Institutos armados y Cuerpos, servicios o carreras que impliquen normalmente utilización de armas para el desempeño de sus funciones, la Administra-

¹⁷³ GARRIGUES, *op. cit.*, *Curso*, I, p. 241.

¹⁷⁴ «(...) esta disposición, de nuevo, sale de las entrañas del régimen, concretamente de la Sección Femenina, cuya presidenta, Pilar Primo de Rivera, en su intervención en Cortes fija el alcance de la reforma: «No es ni por asomo una ley feminista –seríamos infieles a José Antonio si tal hiciéramos–; es solo una ley de justicia para las mujeres que trabajan nacida de la experiencia de una asidua relación humana y cordial con todos los problemas que a la mujer atañen (...)» (...)» (VALPUERTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *La disciplina constitucional*, p. 265).

ción de Justicia en los cargos de Magistrados, Jueces y Fiscales, salvo en las jurisdicciones de menores y laboral y el personal titulado de la Marina Mercante, excepto las funciones sanitarias (art. 3.2).

La norma matizó de manera importante la autorización marital que, de acuerdo con la ley correspondiente, se exigía para *el ejercicio de una actividad profesional*: después de indicar que «deberá constar en forma expresa» agregaba que «si fuere denegada, la oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare judicialmente que ha sido hecha de mala fe o con abuso de derecho», declaración judicial «que se hará por el Juez de primera Instancia del domicilio habitual de la mujer, a solicitud de ésta, con audiencia de ambos cónyuges, por plazo máximo de 10 días y sin otro trámite ni ulterior recurso» (art. 5).

No tienen desperdicio las explicaciones de la Exposición de Motivos de la Ley: «En segundo lugar, la Ley contempla, claro es que referido únicamente a la mujer casada, las limitaciones de Derecho, una vez más confirmado en la reforma del Código Civil en mil novecientos cincuenta y ocho, que el matrimonio exige una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido. *Sigue siendo norma programática del Estado español, anunciada por la Declaración segunda del Fuero del Trabajo, la de «libertar a la mujer casada del taller y de la fábrica»*; pero ni esta norma veda el acceso de la mujer a la multiplicidad –por lo demás creciente– de ocupaciones no manuales, ni en cuanto a las manuales puede ni debe conseguirse por normas discriminatorias y prohibitivas, que más perjuicios que beneficios causan, sino por la elevación general de las rentas de trabajo, reales y no nominales, del marido que, en conjunción con otros programas, señaladamente el de la vivienda, al que tantos desvelos y esfuerzos está dedicando el Estado, *permitan al cabeza de familia el mantenimiento con lo procedente de su sólo trabajo y esfuerzo de un nivel digno de vida para su familia*»¹⁷⁵.

En lo que concierne a *la mujer comerciante* el régimen de licencia marital exigido en el Código mercantil se modificó por lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de 1961; a partir de ella no sólo cabía su sustitución por la autorización judicial sino también que el juez pudiera declarar que la oposición del marido se había formulado de mala fe o con abuso de derecho. La doctrina¹⁷⁶ entendió que aunque no lo dijera expresamente el precepto, la intervención

¹⁷⁵ El subrayado es mío.

¹⁷⁶ GARRIGUES, *op. cit.*, *Curso*, I pp. 237 y 238.

judicial también procedía para impedir que el marido revocara de mala fe o con abuso de derecho, la autorización expresa o tácita.

5.3.3 Ley 14/1975 de 2 de mayo

La ley 14/1975 de 2 de mayo, *sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges*, dictada ya en las postrimerías del régimen franquista, supuso un avance para la posición jurídica de la mujer, aunque aún restaba un largo camino a recorrer¹⁷⁷.

Se lee, en su Exposición de Motivos¹⁷⁸: «Una de las corrientes de opinión fuertemente sentidas en nuestros días en el ámbito del derecho privado, reflejo de auténticas necesidades de carácter apremiante, es la que incide sobre la situación jurídica de la mujer casada. Sufre ésta señaladas limitaciones en su capacidad de obrar que, si en otros tiempos pudieron tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido. Por lo demás, las normas en que tales limitaciones se contienen no pasan de tener una efectividad predominantemente formal, creadora de trabas en la vida jurídica, sin la contrapartida de una seria protección de los intereses de orden familiar»¹⁷⁹.

Los preceptos modificados en el Código Civil, incidían en el ámbito personal y el patrimonial y se podían agrupar en tres: los efectos personales del matrimonio, la capacidad para contratar y el régimen de bienes del matrimonio. Pese a la pretendida igualdad a la que se apelaba en algún momento, sin embargo, los efectos de la reforma fueron menores y sólo comportaron equiparación entre marido y mujer, el desequilibrio entre las posiciones y situaciones de uno y de otro se mantenía.

a) *En los derechos y deberes de los cónyuges* (arts. 57 a 66 CC) lo más significativo fue la desaparición de la licencia marital y de la sujeción y sometimiento de la mujer al marido. En contrapartida se configuraron cómo derechos recíprocos entre ellos

¹⁷⁷ La ley se elaboró «a impulsos de otra mujer, María Tello» (VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *La disciplina constitucional*, p. 266).

¹⁷⁸ Apartado I.

¹⁷⁹ Y continúa: «Las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad hacen aconsejable y conveniente, una revisión del derecho de familia. Tal propósito, sin embargo, sólo debe acometerse de manera prudente, tras un atento y detenido estudio de las posibles soluciones, un análisis de la realidad y de las necesidades verdaderamente sentidas, con la guía también de los elementos que pueden aportar el derecho comparado y sin desconocer en ningún caso las exigencias éticas que de modo muy particular inciden sobre este sector del derecho».

el de protección y socorro mutuo, se introdujo «el deber de actuar en interés de la familia» y se determinó, de manera expresa que «ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida voluntariamente» (art. 63 CC), desapareciendo, así la anómala situación anterior.

Complemento de esta configuración fue la declaración programática de que «el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges», salvo la excepción de los menores de edad (art. 62 CC)¹⁸⁰. Comentaba críticamente, con razón, el profesor Lacruz Berdejo¹⁸¹ que «En realidad, el precepto no era necesario: para que el matrimonio no restrinja la capacidad basta que no se enuncie en la ley ninguna restricción (...) Y si se trataba de una explicación «histórica», como el matrimonio nunca ha restringido la capacidad del varón y sí de la mujer, había que decir «el matrimonio no restringe la capacidad de la esposa». Sin embargo, continuaba vigente la administración de los bienes «de la sociedad conyugal» por el marido (art. 59 CC), lo que se había de interpretar, en dicho momento con más razón, sólo referido a la sociedad de gananciales.

La potestad doméstica de la mujer se convirtió en recíproca por vía de establecer una equiparación, que no igualdad¹⁸², entre los cónyuges y se cambió el enfoque y consideración de aquélla. El nuevo artículo 66 CC disponía que «cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos relativos a cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia, *encomendadas a su cuidado*, conforme al uso del lugar y a las circunstancias y posición de la misma». La referencia explícita a las funciones correspondientes y que pertenecen a cada uno de los cónyuges, afloraba la posición de preeminencia que aún ocupaba el marido.

La falta del asentimiento del otro cónyuge para los actos en los que fuere necesario: «Cuando la ley requiera para actos determinados que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente

¹⁸⁰ Artículo 60 CC: «El marido y la mujer menores de dieciocho años no podrán administrar los bienes comunes, cuando les corresponda, sin el consentimiento del otro cónyuge si fuere mayor de edad. Si éste fuere menor de edad y, en todo caso, si se tratare de bienes privativos, el menor de dieciocho años no podrá administrar sin el consentimiento de su padre, en defecto de éste, sin el de su madre, y, a falta de ambos, sin el de su tutor»

Artículo 61 CC: «En ningún caso, mientras no lleguen a la mayor edad, podrán el marido o la mujer, sin el consentimiento de las personas mencionadas en el artículo anterior, tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces».

Artículo 62.2 CC: «El casado menor de edad necesitará para comparecer en juicio, según los casos, el consentimiento de las personas mencionadas en los artículos 60 y 61».

¹⁸¹ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, II, p. 341.

¹⁸² LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, *Derecho de familia*, II, p. 343) dice que «En este punto concreto, y merced a sucesivos retoques de la Comisión de justicia de las Cortes, se ha prescindido del principio de igualación para pasar al de equiparación de los cónyuges».

confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos» (art. 65 CC)¹⁸³. Aunque la norma se expresaba, también, de manera general, era evidente que sólo podía aplicarse a la sociedad legal de gananciales, pese a que en la Exposición de motivos de la ley¹⁸⁴ se lea que «(...) no se ha albergado el propósito de alterar el régimen de las comunidades conyugales, nada se ha estatuido acerca de ellas, limitándose la reforma a referirse globalmente y en abstracto a los casos en que las Leyes exijan que cada cónyuge deba actuar con el consentimiento de su consorte.» Y se dice, equivocadamente¹⁸⁵, recoger «(...) en este punto la diferencia teórica, hoy admitida con carácter general, entre el consentimiento, que versa sobre actos o negocios jurídicos de carácter común, y la licencia que, como complemento de capacidad, tiene por objeto los actos o derechos privativos. Si bien se suprimen las licencias, es respetado el actual régimen de los consentimientos. Se aclara, eso sí –porque en la actualidad constituye una laguna legal que la desaparición del actual artículo 62 podría hacer aún más grave–, que en aquellos casos en que se requiera el consentimiento de ambos cónyuges para un acto o negocio jurídico y falte o no haya certeza suficiente de su manifestación por uno de ellos, el acto, si no tiene lugar la confirmación, podrá ser anulado. De esta regla quedan excluidos los actos y contratos que responden a las necesidades ordinarias de la familia, para los cuales ambos cónyuges han de estimarse plenamente legitimados como medio indispensable de atender a sus obligaciones».

b) En el ámbito *contractual*, finalmente, desapareció la incapacidad de la mujer para prestar el consentimiento (art. 1263 CC) y todos aquellos preceptos en los que se limitaba su poder de actuación.

c) En lo que se refiere al *régimen de bienes*, como se ha comentado, la equiparación se tradujo en la administración y disposición de las masas patrimoniales que se individualizan en el régimen de bienes de la sociedad de gananciales.

La eliminación de la licencia marital produjo que la administración de los bienes parafernales por la mujer perdiera el carácter de

¹⁸³ Se añadía un párrafo final al artículo 1301 CC: «Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando este fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato».

¹⁸⁴ Apartado III.

¹⁸⁵ La crítica es de LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia* II, pp. 346 y 347, que dice que no le parece que se pueda distinguir como hace el autor de la Exposición, que no es correcto hablar de consentimiento porque es un acto de asentimiento (unilateral), que el precepto no aclara nada y, en general no se entiende bien.

excepción para convertirse en la regla, de modo que en los casos de duda la interpretación, siempre habría de ser a favor de la mujer¹⁸⁶. El marido, en ningún caso, podía ejercitar acciones de ninguna clase respecto a los bienes parafernales, para lo que necesitaba poder expreso (art. 1383 CC), aunque la mujer podía conferirle la administración de manera expresa, en cuyo caso aquella se regía por las reglas del contrato del mandato (art. 1389 y 1390 CC)¹⁸⁷. La disposición de los bienes parafernales, asimismo, corresponde en exclusiva a la mujer (art. 1387 CC). Del mismo modo se reconoce la capacidad de la mujer para comparecer en juicio y litigar sobre los bienes parafernales (art. 1388 CC). En lo que afecta a los bienes que componen la dote inestimada (de los que la mujer mantiene la propiedad), ésta, con el consentimiento del marido, podía enajenarlos, gravarlos e hipotecarlos, en cuyo caso «Si los enajenare, tendrá el marido obligación de constituir hipoteca, del propio modo y con iguales condiciones que respecto a los bienes de la dote estimada» (art. 1361 CC).

Finalmente, una de las novedades más relevantes fue la admisión de que la mujer, en determinados casos previstos legalmente, pudiera ser la administradora de los bienes gananciales. Por ministerio de la ley la mujer devenía administradora de los bienes gananciales cuando fuere la tutora del marido, se hubiere pedido la declaración de ausencia de éste mientras se acuerde la separación de bienes, y cuando el marido haya sido declarado prófugo por la autoridad militar o rebelde en causa criminal. Asimismo, «los Tribunales conferirán también la administración a la mujer si el marido hubiere abandonado a la familia o si, hallándose absolutamente impedido para la administración, no hubiera proveído sobre ella» (art. 1441 CC). También se le transfería la administración de su dote en el caso de ella fuere la tutora cuando se hubiere declarado pródigo al marido (art. 1443 CC).

En estos casos en los que se transfería la administración de los bienes a la mujer a ésta se le atribuían «las mismas facultades que al marido otorga el artículo 1413, y necesitará la autorización judicial prevista en el mismo para actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles» (art. 1444 CC)¹⁸⁸.

¹⁸⁶ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia* II, pp. 357 y ss.

¹⁸⁷ Artículo 1389 CC »El marido a quien hubieren sido entregados bienes parafernales está sometido, en el ejercicio de su administración, a las reglas establecidas en las capitulaciones matrimoniales y, en defecto de ellas, a las del mandato contenidas en este Código».

Artículo 1390 CC »La enajenación de los bienes parafernales de derecho a la mujer para exigir la constitución de hipoteca por el importe del precio, si lo hubiere entregado el marido».

¹⁸⁸ Artículo 1413 CC, en la redacción dada en 1958 (que no se modificó en 1975) decía: «El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el

No se variaron los criterios generales de la administración única de parte del marido de los bienes gananciales. En general, como se lleva dicho, fue un cierto avance porque aún no existía igualdad de poderes entre marido y mujer en lo relativo a los bienes; cualquier modificación de este principio, en dicha época y pese a los nuevos aires, se valoraba, de acuerdo con los principios que aun imperaban, como un peligro para la estabilidad de la familia.

Las disposiciones del *Código de Comercio que se reformaron por la Ley de 1975*, incidieron en los requisitos exigidos para el ejercicio del comercio y, por supuesto en la autorización marital que se exigía.

La capacidad para el ejercicio del comercio se redujo a la mayoría de edad, establecida en dicho momento en 21 años¹⁸⁹, y a tener la libre disposición de los bienes (art. 4 CCom); se eliminó cualquier referencia a la licencia marital.

Conforme al criterio de que la capacidad de los cónyuges no quedaba afectada por el matrimonio, la nueva normativa aclaró, como se había interpretado por la doctrina, que las particularidades incidían en los bienes que podían quedar sujetos a la responsabilidad derivada del desarrollo del comercio: «En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges» (art. 6 CCom). Consentimiento que se presume cuando se ejerce el comercio «con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo» (art. 7 CCom), también «cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro» (art. 8 CCom). Por supuesto, y en consecuencia, «El consentimiento para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante habrá de ser expreso en cada caso» (art. 9 CCom). En todo caso, todos los consentimientos pueden ser

consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados».

¹⁸⁹ La edad de 18 años como mayoría se instauró a partir del Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre (art. 3), para facilitar y ampliar la participación ciudadana en la aprobación de la Constitución. Aunque existía una amplia aceptación social en rebajar la edad de la mayoría. *Vid.*, sobre ésta lo que señalé en *op. cit.*, *La nueva normativa*, p. 169.

revocados libremente por el cónyuge del comerciante en cualquier momento pero no perjudicarán a los derechos adquiridos con anterioridad (arts. 10 y 11 CCom)¹⁹⁰.

En el *derecho catalán*, las modificaciones introducidas por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, no tuvieron trascendencia porque regían las normas propias en las que no se exigía licencia marital alguna a la mujer, desde siempre y con mayor razón desde la promulgación de la Compilación de Derecho civil especial en 1960.

5.3.4 El título preliminar del Código civil

La reforma del título preliminar del Código Civil por el *Decreto 1836/1974, de 31 de mayo* introdujo una variación importante en lo referente a la aplicación de las reglas del mismo relativas a la mujer casada, en los demás ordenamientos civiles (los derechos forales).

En efecto, en el artículo 13.1 CC¹⁹¹, aún vigente hoy, se indicaba que las disposiciones del Título IV del Libro I (de las personas) tendrán aplicación general y directa en toda España «con excepción de las normas relativas al régimen económico matrimonial».

De ahí se seguía que la interpretación correcta, en la materia que nos ocupa es que las reglas que se refieren a la capacidad de la mujer casada por la trascendencia que tienen en la organización económica familiar, han de ser las que se contienen en las normas del régimen de bienes y no las generales de la capacidad (las que están en el Libro I del Código civil), que no se aplican a aquellos territorios con derecho propio. Así señalaba Lacruz Berdejo¹⁹² que «(...) por su parte el redactor de los nuevos artículos 59 y siguientes no pensó en modificar el régimen propio de Cataluña, Baleares o Navarra (o, en Aragón, el art. 137 Comp.)».

Dicho de otra forma, desde la modificación introducida por esta ley de reforma del título preliminar del Código civil, resulta claro que los únicos efectos del matrimonio de carácter general son los que afectan a la esfera puramente personal pues los patrimoniales, incluidos entre ellos los relativos a la capacidad de la mujer, dependen de cada derecho, allí donde exista. De alguna manera la vieja reivindicación catalana de la inaplicabilidad de la licencia marital

¹⁹⁰ Artículo 10 CCom: «El cónyuge del comerciante podrá revocar libremente el consentimiento expreso o presunto a que se refieren los artículos anteriores».

Artículo 11 CCom: «Los actos de consentimiento, oposición y revocación a que se refieren los artículos 7, 9 y 10 habrán de constar, a los efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Los de revocación no podrán, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad».

¹⁹¹ Que sustituía, por su contenido, al originario artículo 12 CC.

¹⁹² LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia* II, p. 347.

se hizo efectiva, una pírrica victoria conseguida cuando ésta ya había desaparecido.

5.3.5 De Castro versus Lacruz Berdejo

De hecho, durante este período temporal en el que se sucedieron las modificaciones del Código civil comentadas, se suscitó una ardua discusión entre dos de los ilustres civilistas que más han influido en la redacción y modificación de la doctrina y las normas sobre el derecho de la persona y el derecho económico familiar: don Federico De Castro y Bravo y don José Luis Lacruz Berdejo.

En opinión de De Castro (1955), quien consideraba, frente a otros autores, que la mujer casada gozaba de capacidad, «(...) las restricciones que impone a la mujer casada el Código, con esa apariencia de generalidad que ha extraviado a la doctrina, hasta hacerle hablar de su incapacidad a la manera que estableció el Código de Napoleón, se refieren sólo al régimen de gananciales. A su lado se conservan limitaciones concretas, con carácter general, residuos del carácter imperativo que tuviera en el Derecho castellano el régimen de gananciales, y de envejecidos preceptos del Derecho romano»¹⁹³, de donde, indica, no deriva una propia incapacidad de la mujer casada.

Tesis que, después, con amplia argumentación, desarrolló De La Cámara¹⁹⁴ para el que, en síntesis, la exigencia de licencia marital sólo se refería a la sociedad de gananciales y a cualquier otro régimen comunitario, pero no al régimen de separación de separación absoluta. En definitiva, en base a un entendimiento determinado de los precedentes históricos, ambos autores vinculaban las restricciones o limitaciones de capacidad de la mujer al régimen de bienes de gananciales del matrimonio.

Frente a esta teoría el profesor Lacruz Berdejo (hacia mediados de los años sesenta) disintió con amplia argumentación, del criterio que había mantenido De Castro. En palabras del jurista aragonés, por «(...) la historia de los artículos 59 y siguientes, que nos da la clave de su interpretación: al menos, si se entiende que los textos legales son, primariamente, manifestación de la voluntad del legislador»¹⁹⁵. En síntesis, pasaba revista a la razón que podría justificar la diferencia de exigencia o no, de licencia, en el régimen comunitario o en el

¹⁹³ DE CASTRO, *op. cit.*, *Derecho civil*, Tomo II, p. 263. Las restricciones concretas a las que se refería eran la incapacidad para comparecer en juicio (art. 61 CC), para aceptar o repudiar la herencia por sí sola (art. 995 CC), pedir la partición de la herencia (art. 1053 CC), ser albacea (art. 893 CC), aceptar el contrato de mandato (art. 1716 CC).

¹⁹⁴ DE LA CÁMARA, *op. cit.*, «Reflexiones en torno» pp. 95 y ss.

¹⁹⁵ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, pp. 117 y 118, nota 1.

de separación del Código civil, para concluir que aunque debería modificarse la redacción del mismo, los preceptos eran generales y se aplicaban a cualquier régimen de bienes, lo que se seguía, fundamentalmente, de la colocación sistemática de los mismos. Y frente a la posible contradicción que pudiera darse entre estos dos datos: de una parte la consideración del marido como representante de la mujer y de otra, el que éste tuviera que otorgar licencia a la mujer, argüía el ilustre profesor, que sólo era una contradicción aparente «(...) porque el marido no es un representante legal de la esposa (y el) verdadero sistema del Cc es el del artículo 61, de licencia para muchos de los actos de la mujer /que/ presupone, por su propia naturaleza, la condición de persona capaz en el sometido (...)»¹⁹⁶.

A lo que concluía su discípulo Delgado Echeverría¹⁹⁷ que pese a ser cierto que quien redactó los preceptos del Código civil de 1889 tenía en mente, dado que lo que se codificaba era el derecho castellano, el régimen de bienes de gananciales para el que estaba previsto el sistema de la licencia marital, sin embargo cuando se redactó no hizo excepción alguna para los demás regímenes de bienes. A lo que agrega que, a su parecer, algo similar sucedió en la Compilación catalana donde se prescindió de la licencia «teniendo *in mente* el régimen de separación, pero es dudoso que se haya hecho depender lo uno de lo otro».

En definitiva, antes de la Constitución de 1978, existía un descontento prácticamente unánime en la doctrina, sobre la manera que se regulaba la posición de la mujer casada que no se avenía ni a la tradición histórica ni, por descontado, a la realidad social y a las necesidades del momento.

6. DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 A LA ACTUALIDAD

6.1 LA CONSECUCCIÓN DE LA IGUALDAD FORMAL

6.1.1 Instrumentos internacionales

A finales de los años 70 la Organización de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa comienzan a trabajar en la lucha por la igualdad formal y material del hombre y la mujer, dentro y fuera del matrimonio.

¹⁹⁶ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, p. 119.

¹⁹⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, *El régimen matrimonial*, pp. 62 y 63.

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1979, firmada por España el 17 de julio de 1980 y ratificada el 1983, en su artículo 1.º define el concepto de «discriminación contra la mujer» como «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado mermar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, con independencia de su estado civil, en base a la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera». Por su parte, el artículo 16 dispone que «Los estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares. En particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: *a)* el mismo derecho a contraer matrimonio; *b)* el mismo derecho para escoger libremente cónyuge, solamente de acuerdo con su libre albedrío y pleno consentimiento; *c)* los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; *d)* los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil en materias relacionadas con los hijos. En todos los casos, los intereses de los hijos serán la condición primordial; *e)* los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, y a tener acceso a la información, la educación y los medios que los permitan ejercer estos derechos; *f)* los mismos derechos y responsabilidades respecto la tutela, curatela, custodia y adopción de hijos o instituciones análogas cuando estos conceptos existan en la legislación nacional. En todo caso, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; *g)* los mismos derechos personales como marido y esposa, entre ellos al derecho a escoger los apellidos, profesión y ocupación; *h)* los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial».

En el mismo sentido se había pronunciado ya el Comité de Ministros del Consejo de Europa en la Resolución 78/37, de 23 de septiembre de 1978. La Resolución recomienda a los gobiernos de los Estados miembros promover la igualdad de los cónyuges en Derecho civil actuando en la línea de: *a)* tomar todas las medidas

necesarias para que el derecho civil no contenga disposiciones que otorguen a uno de los cónyuges una supremacía sobre el otro, especialmente designándolo como jefe de familia o reconociéndole a él solamente el poder de tomar decisiones que conciernan al otro cónyuge o lo representen; y *b*) asegurar a los cónyuges derechos iguales cuando el derecho civil prevé disposiciones para resolver cuestiones en caso de falta de acuerdo entre ellos. Y concreta a continuación medidas específicas que hay que adoptar en las relaciones personales entre los cónyuges, en las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y en las relaciones entre los cónyuges y los hijos comunes.

6.1.2 La Constitución española de 1978

En el derecho interno, la proclamación por la Constitución Española de 1978 supone un punto de inflexión en el tratamiento de los derechos fundamentales de libertad e igualdad de las personas pues comporta la prohibición de cualquier tipo de restricción de los mismos. Como regla general, el artículo 14 CE establece que «los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Igualdad jurídica que se debe hacer efectiva en la propia relación matrimonial y familiar. También la igualdad de los cónyuges (art. 32 CE) y de los hijos (art. 39.2 CE) se contemplan desde la perspectiva de la libertad inherente a la persona.

La Constitución española proclama asimismo el derecho a la libertad religiosa y el principio de la aconfesionalidad del Estado (art. 16 CE) que habrá de regir la regulación del matrimonio basada hasta entonces en una determinada ideología político-religiosa canónica.

A partir de la Constitución se suceden una serie de reformas que tienen como principal objetivo adaptar el ordenamiento jurídico privado vigente a los mandatos constitucionales y, en lo que aquí interesa, equiparar los derechos del hombre y de la mujer en el ámbito patrimonial, personal y familiar, especialmente los derechos de la mujer casada y/o con hijos.

6.1.3 La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico

del matrimonio, supone una primera adaptación del Código Civil a los principios de la Constitución y a las normas y pactos internacionales en materia de no discriminación por razón de sexo: equipara en derechos de todo orden a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; admite la investigación de la paternidad; otorga la patria potestad a ambos progenitores por igual; y la gestión de la comunidad de bienes a ambos consortes. Así se avanza en la aplicación del principio de igualdad entre los cónyuges, eliminando algunas diferencias que persistían en las relaciones personales y confiriendo a cada uno en el aspecto patrimonial iguales facultades, derechos y obligaciones:

1. En materia de filiación, la Ley 11/1981 comporta un cambio radical respecto la regulación anterior que distinguía diferentes clases de hijos con distintos estatutos jurídicos en función de la situación de los padres: los hijos legítimos gozaban de *status familiariae*; los hijos naturales gozaban solamente de un *status filii* respecto del progenitor cuya paternidad/maternidad estaba determinada; y los hijos ilegítimos no naturales no gozaban ni de uno ni de otro, de modo que no podían reclamar el reconocimiento ni la declaración judicial de su filiación y sólo se les reconocía el derecho a los auxilios necesarios para su subsistencia del progenitor conocido.

Con la reforma se consigue «equiparar en derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, nacidos dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudiera o no el uno casarse con el otro» (frase de la Exposición de motivos del Proyecto de Ley que desapareció en la Ley definitiva). La equiparación alcanza a todos los hijos extramatrimoniales y desaparece la diferencia de tratamiento entre los hijos naturales y los ilegítimos no naturales. La distinción entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial se mantiene exclusivamente en orden a la determinación de la filiación (art. 108 a 125 CC)¹⁹⁸.

También se avanza en la búsqueda de la verdad biológica y la coincidencia de ésta con la relación jurídica de filiación mediante una regulación más cuidada de las acciones de filiación (arts. 127 a 141 CC) que dispone de normas generales y distingue entre las acciones de reclamación e impugnación de la filiación matrimonial y no matrimonial; el establecimiento del régimen de impugnación de la paternidad matrimonial; la posibilidad de la investigación de

¹⁹⁸ El nuevo artículo 108 CC dispone: «La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código».

cualquier paternidad o maternidad; y la admisión de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, en los pleitos sobre filiación.

2. En materia de patria potestad la Ley 11/1981 dispone también una nueva regulación con la que se pretende acentuar el carácter de función, que ya ostentaba esta institución en el Código. En este sentido la Exposición de motivos del Proyecto de Ley explica que «en el Código civil, si bien se advierten residuos del planteamiento romano, como el usufructo paterno, en conjunto la patria potestad se concibe y regula teniendo en cuenta su carácter de función que la ley encomienda al progenitor en beneficio del hijo y, por tanto, que confiere los derechos como medio de cumplir los deberes».

Hasta aquel momento, el padre tenía atribuido tanto el usufructo de los bienes del menor y la representación de su persona, como la gestión de su patrimonio y la decisión sobre sus destinos, así como, en contrapartida, la obligación de alimentarlo. La madre quedaba en condición de suplente para el desarrollo de los destinos o la prestación de sostén.

La reforma de 1981 tiene tres objetivos: estructurar la patria potestad como una función dual del padre y de la madre; establecer el principio general básico del respeto a la personalidad del hijo; y potenciar la intervención y vigilancia de la autoridad judicial en el ejercicio de la patria potestad, en consideración del interés del hijo¹⁹⁹.

Con la modificación introducida el padre y la madre tienen iguales derechos, oportunidades y obligaciones. La potestad se atribuye al padre y a la madre y el ejercicio debe ser conjunto (arts. 154 a 171 CC). Se trata de igualar a los progenitores no sólo en atributos sino también en obligaciones, de forma que el hombre no tenga ninguna ventaja a la hora de eximirse de sus responsabilidades frente a sus hijos.

3. En materia de régimen económico matrimonial, a partir de la reforma de 1981 desaparecen la dote como institución legal y los bienes parafernales, de modo que todos los bienes de la mujer son de una sola clase, y cada cónyuge regirá sus bienes y actividades económicas sin más limitaciones que la preceptiva contribución a las cargas familiares o las derivadas del hecho de que los bienes sean comunes o de la eventual obligación de rendir cuentas de sus actividades lucrativas al otro cónyuge. En la economía conyugal, y particularmente en la sociedad de gananciales, ninguno de los dos cónyuges tendrá atribuidas por ley o por pacto facultades o privilegios limitativos de los derechos que le correspondan.

¹⁹⁹ Vid. RAMS ALBESA, *op. cit.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, p. 572.

Cabe señalar que es esta Ley 11/1981 la que introdujo el derecho de compensación de uno de los cónyuges por el trabajo realizado para el hogar en el supuesto de extinción del régimen de separación, al que nos referiremos más adelante.

6.1.4 La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio

Expresamente menciona la Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que esta Ley toma como referencia «El expreso reconocimiento constitucional de la igualdad, como presupuesto de la seguridad jurídica y la justicia, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos».

La Ley 30/1981, de 7 de julio, modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, con el objeto de promover y proteger la dignidad de los cónyuges y sus derechos y procurar que mediante el matrimonio se favoreciera el libre desarrollo de la personalidad de ambos.

Como se ha visto, hasta la reforma de 1981, con el paréntesis de 1932 a 1938, la única causa de disolución del matrimonio era la muerte de uno de los cónyuges. La Ley 30/1981 introdujo el divorcio como causa de disolución del matrimonio.

En esta reforma, el legislador se apartó del sistema del divorcio-sanción, entendido como aquel que constituye una sanción en consideración de determinados hechos cometidos por uno de los cónyuges, cuya imposición queda al arbitrio del cónyuge que no los ha cometido mediante el ejercicio de la acción de divorcio, y que comporta en el procedimiento un juicio sobre la culpabilidad y la inocencia de los cónyuges. Por el contrario, optó por establecer un sistema de divorcio-remedio que se fundamenta en la ruptura de la vida conyugal cuando es razonablemente previsible la imposibilidad de recomponerla, y que sienta como hecho determinante del divorcio o presupuesto del mismo la situación de separación que haya perdurado durante un tiempo razonable (el cese de la convivencia conyugal).

Paralelamente atribuye efectos a dos tipos de separación: *a*) la separación legal o judicial, que es la fundada en la concurrencia de los presupuestos prevenidos en la ley y acordada en virtud de una decisión judicial, y *b*) la separación de hecho, que es una situación puramente fáctica de cese de la convivencia matrimonial. En todo caso, la separación se configura como una situación de crisis matrimonial específica caracterizada por no disolver el vínculo matrimonial.

La modificación de 1981 también adaptó la regulación del matrimonio al principio constitucional de aconfesionalidad del Estado. Antes de la reforma de 1981, nuestro ordenamiento admitía dos tipos de matrimonio, el civil y el canónico²⁰⁰. El primero se regulaba en todos sus aspectos por el derecho del Estado y estaba sometido a sus tribunales, y el canónico por el derecho de la Iglesia católica y sujeto a los tribunales eclesiásticos, de modo que en los matrimonios canónicos decidía la Iglesia y el Estado concedía a estas decisiones la misma eficacia civil que si lo hubiera resuelto él²⁰¹. La Ley 30/1981 dispone la existencia un único tipo de matrimonio disciplinado por la ley civil (art. 60 CC), aunque admite diversas formas de contraerlo: la civil y la religiosa, que es la «forma prevista por una confesión religiosa inscrita (en el Registro que al efecto se lleva en el Ministerio de Justicia)» (art. 59 CC). En este sentido establece que la separación se decretará «cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio (art. 81 CC) y el divorcio es causa de disolución del matrimonio, «sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración» (art. 85 CC).

6.1.5 La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo

La Ley 11/1990, de 15 de octubre, retoma la cuestión y reconoce que, pese a las reformas substanciales del Código Civil que

²⁰⁰ El antiguo artículo 42 CC decía: «La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil».

²⁰¹ El antiguo artículo 76.1 CC disponía: «El matrimonio celebrado según las normas del derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles», y el artículo 80 CC: «El conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos...corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil a tenor del artículo 82». Por su parte el artículo 82 CC establecía: «La jurisdicción civil promoverá la inscripción y ejecutará en todo lo demás relativo a efectos civiles, las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica...La ejecución se llevará a cabo en virtud de comunicación canónica...o, a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio».

habían introducido las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981 de 7 de julio, en materia de patria potestad, filiación y relaciones conyugales, adaptando sus preceptos, entre otros, al principio de igualdad proclamado en los artículos 14 y 32 del Texto Constitucional «el Código Civil seguía acogiendo mandatos el contenido de los que era contrario a la plena efectividad del principio de igualdad, subsistiendo preceptos en los que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas se atiende a criterios que implican una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo». Y pretende «eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad».

Las principales modificaciones que introduce esta norma, aunque de forma indirecta inciden en el ámbito patrimonial de la mujer casada y/o madre, afectan fundamentalmente a las normas de derecho internacional privado relativas a la determinación de la ley aplicable al matrimonio, a la adopción y a la sucesión por causa de muerte (art. 9 CC); a la determinación de la vecindad civil (art. 14 CC) y a la solución en caso de conflicto de leyes (art. 16 CC). Se abandona el criterio de la «unidad familiar» en la vecindad civil, según el cual la mujer que contare matrimonio con varón de otra vecindad y los hijos bajo potestad siguen la vecindad civil del cabeza de familia, de modo que el matrimonio ya no alterará la vecindad, y la posición de preferencia de la que hasta entonces gozaba la ley nacional del marido para regir los efectos del matrimonio (art. 9.2 CC) o de la adopción conjunta (art. 9.5 CC), cuando faltaba la ley nacional común de los cónyuges²⁰².

6.1.6 La Ley 40/1999, de 5 de noviembre, de nombres y apellidos y orden de los mismos

Esta norma modificó el Código Civil, a la luz del principio de igualdad reconocido en la Constitución Española, en materia de orden de inscripción de apellidos. Hasta entonces regía la regla general de que, determinando la filiación los apellidos, el orden de éstos era el paterno y materno, reconociendo la posibilidad de modificar esta situación por el hijo una vez que hubiera alcanzado la mayoría de edad. La Ley 40/1999 permite que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apelli-

²⁰² De acuerdo con la versión derogada del artículo 9.2 CC: «Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última Ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la Ley nacional del marido al tiempo de la celebración.»

dos de sus hijos, en el bien entendido de que su decisión para el primer hijo habrá de valer también para los hijos futuros de igual vínculo (art. 109 CC).

6.1.7 La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Explica la Exposición de motivos de la Ley 13/2005 que «la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta».

Sobre estas bases la Ley 13/2005 permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición, de forma que los efectos del matrimonio sean únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes, así, entre otros, los relativos a los derechos y prestaciones sociales y la posibilidad ser parte en procedimientos de adopción²⁰³. La ley también procede a adaptar terminológicamente todos los artículos del Código Civil que se refieren al matrimonio o contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes.

6.1.8 La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

La Ley 15/2005 pretende ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial: «se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la

²⁰³ La Ley 13/2005 añade un segundo párrafo al artículo 44 CC, de modo que este precepto queda redactado como sigue: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.»

voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación» (Exposición de motivos de la ley).

Basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales. Para la interposición de la demanda sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga la solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Se acaba así con la situación que se producía con anterioridad a esta reforma de dobles procedimientos –primero el de separación y después el de divorcio– con un importante ahorro de costes económicos y personales para las partes, aunque se mantiene la separación judicial como una figura autónoma al divorcio por la que pueden optar los cónyuges que decidan no disolver su matrimonio.

6.1.9 La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Esta ley aborda la consecución de la igualdad sustancial entre mujeres y hombres. En su preámbulo, reconoce que «el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros, en palabras escritas por John Stuart. Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos» y acomete la prevención de esas

conductas discriminatorias y la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad.

6.1.10 Las reformas más significativas del ordenamiento jurídico catalán que inciden en el ámbito patrimonial de la mujer casada y/o madre

La *Ley 13/1984, de 20 de marzo*, establece una serie de modificaciones en el texto de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 1960 para adaptarla a los principios constitucionales, suprimiendo las discriminaciones hasta entonces existentes en el texto de la Compilación por razón de sexo, nacimiento o estado civil. De una parte, se modifican los artículos 20 a 22 CDC que prohibían las donaciones entre cónyuges, se sienta el principio general de que dichas donaciones son válidas y se establecen las causas de revocación por supervivencia o supervinencia de hijos y nulidad del matrimonio, y se elimina la presunción Muciana que se sustituye por la presunción de donación entre los cónyuges, en caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges de los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración o desde la fecha de la retroacción, salvo que el segundo, al adquirir los bienes o antes dispusiera de recursos suficientes para adquirirlos (art. 23 CDC). De otra parte, desaparece definitivamente la prohibición de la mujer de otorgar fianza a favor de tercero, salvo que cobrara por ello, fuere mujer comerciante o llegara a ser deudora principal de la obligación y cuando fuere casada la prohibición de otorgar fianza o intercesión a favor de su marido, que todavía recogían los artículos 321 y 322 CDC.

En sucesivas reformas legislativas, el legislador catalán introdujo algunas medidas dirigidas a paliar los efectos perniciosos que el régimen económico legal supletorio catalán de separación de bienes ocasionaba, especialmente en la posición económica de la mujer, en el momento de su liquidación por disolución del matrimonio, tanto por causa de muerte como por ruptura de la relación. Y es que el régimen supletorio legal de separación de bienes, con la desaparición de la dote, se había transformado en la práctica en un régimen de separación absoluta, y esto acrecentaba la posición de desventaja de la mujer si se tiene en cuenta que, en el régimen catalán, no es legitimaria y tampoco ocupaba una buena posición (entonces) en el orden sucesorio intestado; con lo que si no había testamento la mujer patrimonialmente podía quedar en muy mala situación. Desde luego, el cónyuge beneficiario de estas medidas también puede ser el marido, pero la razón última de su

previsión es la protección de la mujer, que era la que en estos tiempos quedaba, con más frecuencia, en mayor medida desprotegida. Así:

La Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña, mejora la posición del cónyuge viudo, de un lado, en la sucesión intestada, pues en concurrencia con descendientes se le otorga en todo caso el usufructo universal de la herencia; y de otro, con el reconocimiento al derecho a la cuarta viudal, que es el derecho de hasta una cuarta parte de la herencia cuando el cónyuge supérstite la necesita para su sustentación. Estos derechos del cónyuge supérstite se mantienen sin cambios en el Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, donde, además, mejora la posición del cónyuge en la intestada (tanto para marido como para la mujer).

También la *Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges*, introduce una medida correctora de la liquidación del régimen de separación de bienes, en este caso, por ruptura en vida de la relación: se trata de una norma liquidadora que regula la compensación económica por razón del trabajo prestado en el hogar o al otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente. Con ella se procura una solución equitativa a la situación económica de las mujeres que habían dedicado años de su vida al trabajo en el hogar y al cuidado de los hijos y no disponían de patrimonio propio en el momento de la separación o el divorcio. Literalmente, explica la Exposición de Motivos que prevé «la posibilidad de que el cónyuge que se ha dedicado al hogar o ha trabajado desinteresadamente para el otro pueda obtener una compensación, en determinadas situaciones».

El *Código de Familia de Cataluña, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio*, mantiene como supletorio legal el régimen económico matrimonial de separación de bienes, que dice literalmente «ha funcionado pacíficamente en Cataluña durante muchos años, incluso después de caer en desuso el sistema dotal, y se compagina perfectamente con la progresiva incorporación de la mujer en el mundo del trabajo». Conserva como factor correctivo, la posibilidad (introducida por la Ley de 1993) de que el cónyuge que ha trabajado desinteresadamente para el hogar o para el otro cónyuge pueda obtener una compensación económica en las situaciones de crisis matrimonial, como medida de protección de la parte más débil. Y por primera vez, la ley catalana se ocupa de regular los efectos de la separación, el divorcio y la nulidad matrimonial.

El título III del libro II del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, mantiene la sistemática del Código de Familia, al que deroga, aunque incorporando otros modelos familiares como la pareja estable y las familias monoparentales y las familias reconstituidas, e introduce algunas novedades que inciden directamente en el ámbito patrimonial de la mujer casada y/o con hijos, a las que nos referimos más adelante. Son muy significativas especialmente las relativas a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, la compensación económica por el trabajo realizado en el hogar y las medidas relativas a la custodia de los hijos y a la atribución y distribución del uso del domicilio familiar tras las crisis de convivencia.

6.2 LA MUJER COMERCIANTE

El Código de Comercio ha sufrido una única reforma desde su entrada en vigor en 1886 en relación al tema que nos ocupa. Es la que introduce la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código Civil y del Código en Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, que es anterior a la Constitución Española.

En la actuación de la mujer casada en la esfera mercantil, el Código de Comercio recogía la limitación general de la capacidad jurídica de la mujer casada que establecía también el Código Civil. La ley 14/1975 viene a modificar ambos códigos eliminando dicha limitación. En la nueva ordenación relativa al ejercicio del comercio por la mujer casada –o, dicho en términos recíprocos, por cualquiera de los cónyuges– ha de reputarse como norma básica la del artículo 12, según el cual todo lo dispuesto en los artículos que le preceden se estima sin perjuicio de lo pactado en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil. A falta de previsión o de acuerdo, es decir, cuando no se llegue a una solución convencional hecha pública por el Registro, y como régimen legal supletorio, se ha establecido el que reflejan los artículos 4 al 11, guiados todos del propósito de facilitar el ejercicio del comercio por cualquiera de los cónyuges, eliminando también aquí el rigor de la vieja regla de la autoridad marital.

En otro orden de ideas, pero en el mismo, dentro del análisis de la situación de la mujer comerciante merece la pena insistir en la cuestión de la transformación de la presunción muciana:

El artículo 23 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 1960 recogía la llamada presunción muciana por la que se pre-

sumía que los bienes adquiridos por la mujer procedían de la donación del marido y si ésta demostraba que había adquirido a título oneroso se presumía que el dinero para adquirir el bien era del marido. La Ley catalana 13/1984, de 20 de marzo, modificó el concepto de dicha presunción que tal y como estaba configurada era discriminatoria y contraria al principio de igualdad de los cónyuges, y la transformó en lo que se ha dado en llamar la presunción muciana concursal.

La última versión de la misma se recoge en el actual artículo 231-12 (presunción de donación) CCCat según el cual: «1. En caso de declaración de concurso de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración se sujetan al régimen siguiente: a) Si la contraprestación para adquirirlos procedía del cónyuge concursado, se presume la donación. b) En aquella parte en que no se pueda acreditar la procedencia de la contraprestación se presume la donación de la mitad. 2. La presunción del apartado 1.b se destruye si se acredita que, en el momento de la adquisición, el adquirente tenía ingresos o recursos suficientes para hacerla. 3. Las presunciones que establece este artículo no rigen si los cónyuges estaban separados judicialmente o de hecho en el momento de la adquisición».

En el ordenamiento estatal, la Ley 11/1981, de 13 de mayo introdujo una regla similar en el artículo 1442 del Código Civil español que, en sede de régimen económico matrimonial de separación de bienes, dice: «Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho».

Por su parte, el artículo 78 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal, establece que: «1. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. 2. Las presunciones a que se refiere este

artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho. 3. Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno. 4. Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso.»

6.4 IGUALDAD FORMAL Y DESIGUALDAD MATERIAL

Las leyes vigentes en los diversos sistemas jurídicos coexistentes en España parecen haber alcanzado la igualdad formal entre hombres y mujeres también en lo que se refiere a la creación, gestión y disposición patrimonial. Sin embargo, el análisis desde una perspectiva de género del resultado de la aplicación de sus normativas pone en evidencia que todavía existen escollos legales que perjudican gravemente la situación patrimonial de la mujer a favor de la del hombre, e incluso (y lo que es aún más grave) que hay situaciones de este tipo de nueva generación, esto es que han sobrevenido tras las más modernas reformas legislativas y la más novedosa doctrina jurisprudencial. Especialmente afectan al patrimonio personal de las mujeres casadas y/o con hijos, y en mayor medida después de que acontezca una crisis de convivencia de una relación matrimonial o no matrimonial. En este sentido, adelantamos ya que es urgente adoptar medidas de discriminación positiva, y llevar a cabo reformas legales, que adecúen la legislación vigente al derecho fundamental de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

En las páginas que siguen expondremos, sin ánimo de exhaustividad, concretas situaciones en las que la aplicación de las normas vigentes comporta efectos discriminatorios para la mujer que inciden negativamente en su situación patrimonial. Igualmente se

apuntará cómo algunas de las más novedosas doctrinas jurisprudenciales en materia de daños morales en el derecho de familia atentan contra el derecho de igualdad de la mujer y afectan negativamente de forma directa a su situación patrimonial.

6.3.1 Pactos en previsión de una ruptura matrimonial

El artículo 231-20 CCCat²⁰⁴ regula, por primera vez en nuestro ordenamiento –hasta el momento ninguna norma autonómica o estatal se había ocupado de esta cuestión– los pactos en previsión de una ruptura matrimonial²⁰⁵, si bien es cierto que tradicionalmente se han considerado válidos dentro de los límites establecidos por la ley y el orden público.

En primer lugar, hay que advertir que se dispone que los pactos en previsión de una ruptura matrimonial puedan otorgarse en capitulaciones matrimoniales pero también en escritura pública distinta (art. 231-20.1 CCCat).

Aunque el principio general que rige en esta materia sigue siendo el de la libertad de pacto, el artículo 231-20.2 CCCat establece una norma, de carácter proteccionista dirigida a tratar de asegurar que los cónyuges entiendan bien el contenido de los pactos que están celebrando y sus posibles consecuencias. Así, establece que cuando los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se celebren en escritura pública, el notario tiene que informar por separado a cada uno de los otorgantes acerca del alcance de los cambios que pretenden introducir con los pactos respecto al régimen legal supletorio y les ha de advertir de su deber recíproco de proporcionarse información sobre su patrimonio, ingresos y expectativas económicas. De este modo se subraya la función que

²⁰⁴ El artículo 231-20 CCCat dispone: «1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en una escritura pública. En caso que sean antenuptiales solamente 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 hace referencia el apartado 1, ha de informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el ámbito de los cambios que se pretenden introducir con los pactos respecto al régimen legal supletorio y les ha de advertir de su deber recíproco de proporcionarse la información a que hace referencia 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 que esta información fuera 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 no se podían razonablemente prever en el momento en que se otorgaron».

²⁰⁵ El artículo 234-5 CCCat hace una remisión expresa al artículo 231-20 CCCat para su aplicación a los pactos en previsión del cese de la convivencia de la pareja estable.

competente al Notario de explicar a las partes, en este caso por separado por mandato legal, las posibles consecuencias del contenido de los pactos que convienen en el documento público que otorgan ante él. En la misma línea –garantizar que se entienden y se quieren los efectos o consecuencias de los pactos– se exige también que los pactos de exclusión o limitación de los derechos precisen con claridad los derechos que se limitan o aquellos a los que se renuncia (art. 231-20.3 CCCat).

De esta forma se apuesta por la autonomía de la voluntad en relación a los efectos de la ruptura matrimonial, aunque tomando una serie de medidas o precauciones que tratan de asegurar que ésta se fundamenta en el suficiente conocimiento, que es el que garantiza su libertad.

Otra exigencia legal, con base en el principio de igualdad entre los cónyuges (art. 231-20.3 CCCat), es que los pactos que limitan o suponen la renuncia de derechos deben tener carácter recíproco. En esta sede conviene remarcar que, en líneas generales, parece evidente que el requisito de reciprocidad de los pactos de exclusión o limitación de derechos que establece el artículo 231-20.3 CCCat no aporta una garantía significativa ni consigue igualar los derechos de los cónyuges: de poco le sirve a una de las partes, la más débil económicamente y, por tanto, aquella a favor de la que pueden generarse derechos en el momento de la disolución, que la otra parte, aquella en favor de la cual con toda probabilidad no se generarán estos derechos, sino en todo caso obligaciones, acepte limitar o renunciarlos. Siendo así, parece que se puede sostener que, mientras sean las mujeres las que de forma mayoritaria resulten acreedoras de percepciones económicas en el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial, el reconocimiento legal de la validez de la renuncia anticipada de estos derechos en los pactos en previsión de la ruptura futura, ha de valorarse, cuanto menos, como poco equitativo.

Además, la eficacia de estos pactos se sujeta a la presencia de determinadas circunstancias. Así:

a) De acuerdo con el artículo 231-20.4 CCCat, 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, cuando esta información fuera relevante con relación al contenido del pacto. En verdad puede resultar muy complicado demostrar tales hechos a no ser que en la propia escritura en la que se otorgan los pactos los cónyuges reconozcan tener dicha información, por lo más previsible es que dicha declaración de conocimiento se incor-

pore como una fórmula de estilo en todas las escrituras de este tipo, salvando de este modo el requisito de eficacia de los pactos celebrados impuesto en esta norma; y

b) El artículo 231-20.5 CCCat establece que los pactos en previsión de una ruptura matrimonial que en el momento en que se pretende su cumplimiento sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, no son eficaces si éste acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron. De este modo, vuelve a supeditarse la eficacia de estos pactos, ahora a la existencia de una determinada situación que puede plantearse en muchos casos, y en mayor medida cuando la ruptura matrimonial se produzca habiendo transcurrido mucho tiempo desde que se celebraron los pactos, pues evidentemente pueden haber sucedido muchos cambios, de índole muy diversa, no solamente en el ámbito patrimonial sino incluso en el familiar o personal que necesariamente eran imprevisibles en aquel tiempo. Entonces, los pactos no serán eficaces, de acuerdo con el literal de la ley.

Habrà que ver cuál será la aplicación práctica de esta limitación de la eficacia de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial. Cuanto más se limite la excepción de la efectividad de los pactos identificando la «imprevisibilidad» como posibilidad remota, más se perjudicará de forma sistemática los intereses de la parte económicamente más débil, que suele ser la mujer.

6.3.2 El valor del trabajo para el hogar y del trabajo para el otro cónyuge en los regímenes matrimoniales

El trabajo que uno de los cónyuges realiza para el hogar, el cuidado de los hijos u otros familiares que conviven con la pareja o dependen económica o asistencialmente del matrimonio, tiene en las relaciones económicas internas entre los cónyuges una distinta valoración en función de cuál sea el régimen económico matrimonial que regula un concreto matrimonio.

Es sabido que en los regímenes económico matrimoniales comunitarios, así, por ejemplo el régimen legal supletorio del Código Civil, el de sociedad de gananciales, que es el que rige la inmensa mayoría de los matrimonios en el ámbito de aplicación del Código Civil, el trabajo para el hogar –igual que el trabajo para el otro cónyuge– no se cuantifica ni compensa a la extinción del régimen, en otras palabras, no se paga, pero sí se valora, porque los cónyuges se reparten las ganancias obtenidas a lo largo de su vigencia, lo que significa que todo el trabajo, el realizado fuera del hogar

y el efectuado dentro, tiene el mismo valor o la misma consideración porque los beneficios obtenidos del trabajo fuera del hogar, incluso por uno solo de los cónyuges, se reparten con aquel que ha colaborado trabajando para el hogar y la crianza de los hijos: entre los dos hemos ganado 100, aunque yo he ganado 100 porque sólo yo he trabajado fuera del hogar y tú 0 porque solamente has trabajado en el hogar, así que nos corresponden 50 a cada uno. O, hemos ganado 100 entre los dos, yo 70 y tú 30 porque has dedicado más tiempo al cuidado del hogar, de modo que nos corresponden 50 a cada uno.

Lo mismo puede predicarse del régimen mixto de participación en las ganancias, que es un régimen voluntario que se aplica cuando los cónyuges lo han pactado en capitulaciones matrimoniales, en el que se genera un crédito de participación al momento de la liquidación a favor del cónyuge que ha obtenido menos ganancias constante el matrimonio: yo he ganado 100 trabajando fuera del hogar y tú 0 trabajando en casa, así que te corresponden 50. O yo he ganado 70 trabajando fuera y tú 30 porque has trabajado dentro y fuera, nos corresponden 50 a cada uno.

En el régimen de separación de bienes, en cambio, el trabajo para el hogar recibe un tratamiento *sui generis*: de una parte, por regla general, se reconoce como una forma de contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio (art. 1438 CC, 231-6 CCCat, art. 12 Ley valenciana 10/2007); y, en ocasiones, además, da derecho a una compensación económica a la extinción del régimen, de modo que debe pagarse el trabajo efectuado para el hogar, y ello porque no se produce una comunicación de patrimonios similar a la de los regímenes de comunidad: no se hacen comunes las ganancias mientras se generan, ni a la liquidación del régimen se origina ningún crédito de participación, y pertenecen en exclusiva a cada cónyuge las ganancias que obtenga de forma individual, que le aprovechan, en principio, de forma personal.

En esta línea, algunos de los ordenamientos jurídico-civiles coexistentes en el territorio español regulan el derecho a la compensación de quien ha trabajado para el hogar constante el matrimonio, cuando el régimen que rige las relaciones económicas es el de separación de bienes.

Así, el artículo 1438 CC²⁰⁶ regula el derecho a la compensación económica del cónyuge que ha trabajado para la casa, a la extin-

²⁰⁶ El artículo 1438 CC dispone: «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

ción del régimen de separación. Cabe recordar aquí que en el ámbito de aplicación del Código Civil español, el régimen de separación de bienes es voluntario y solamente rige la economía de los matrimonios que lo pactan, lo que implica que no es el más habitual.

Con todo, recientemente, la STS de 21 de julio de 2011²⁰⁷, se ha referido expresamente a la no necesidad de la existencia de incremento patrimonial del cónyuge deudor como requisito de generación de la compensación económica. En este sentido declara que: «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». Además, el Tribunal Supremo entendió que la cuantía de la compensación podía determinarse «en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar».

También regulan esta compensación algunos ordenamientos autonómicos en los que la separación de bienes sí es el régimen económico matrimonial legal supletorio, así, los artículos 12 y ss. de la ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico matrimonial valenciano; y los artículos 232-5 a 232-11 CCCat. Por el contrario, no se prevé la compensación económica por razón del trabajo prestado por el hogar en la Compilación del Derecho Civil Balear, a pesar de que también este cuerpo legal establece el régimen de separación de bienes como régimen económico matrimonial legal supletorio.

Es evidente que reconocer el derecho a la compensación económica por razón del trabajo prestado significa valorar en mayor medida el trabajo realizado para el hogar o el cuidado de los hijos u otros familiares que convivan con el matrimonio, pues no solamente vale como obligada contribución a los gastos familiares, sino que genera un derecho de crédito a favor de aquel que por su dedicación ha tenido menos posibilidades de incrementar su patrimonio y ha perdido oportunidades laborales. Compensación a cargo de aquel otro que ha podido dedicarse en mayor medida a

²⁰⁷ La STS de 21 de julio de 2011 ha sido comentada por Ariadna Aguilera Rull, «La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres», *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2012.

trabajar en su profesión o industria y además se ha ahorrado pagar a alguien para que realizara una actividad que le correspondía (la mitad del trabajo realizado por su cónyuge). Y así, pareciera que no se trata de una cuestión de valoración subjetiva que pueda quedar en el ámbito de la política legislativa, sino de una cuestión objetiva que se circunscribe dentro de la teoría general del enriquecimiento injusto: uno de los cónyuges se ha enriquecido por el trabajo realizado por el otro, que se ha empobrecido. La actividad es el nexo causal, de modo que se dan los requisitos exigibles para la existencia de un enriquecimiento injusto, que se debe compensar.

Pues bien, en principio, aquí debe buscarse la justificación de la compensación económica por razón del trabajo en los ordenamientos que la regulan. En esta línea, la Ley valenciana 10/2007 reconoce el derecho a compensar los trabajos para la casa (y también la colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional) al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial, atendiendo a los siguientes criterios: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico, o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario en tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos²⁰⁸.

²⁰⁸ Transcribimos a continuación los artículos 12 a 15 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico matrimonial valenciano, que regulan la compensación económica por razón de trabajo:

Artículo 12. El trabajo para la casa y conceptos asimilados.

1. El trabajo para la casa será considerado como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio.
2. La misma consideración tendrá la atención especial a los hijos, discapacitados y a los ascendientes, que vivan en el hogar familiar o en el suyo propio o en otro establecimiento de acogida, pero en régimen de dependencia económica y asistencial, en su caso, del matrimonio.
3. También se considerará trabajo para la casa la colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

Artículo 13. Criterios de valoración del trabajo para la casa.

1. Se tendrán en cuenta con carácter orientativo y como mínimo los criterios siguientes de valoración del trabajo para la casa, sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial correspondiente o del acuerdo al que lleguen los cónyuges: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo precedente, o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos.
2. La consideración de los servicios previstos en este artículo como colaboración para el levantamiento de las cargas del matrimonio determina la obligación de compensar-

En el CCCat, en cambio, la compensación económica por razón del trabajo adquiere una nueva dimensión poco congruente con esta justificación²⁰⁹. Nada que ver con la compensación del enriquecimiento injusto originado por la dedicación de uno de

los al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial, atendiendo a los criterios de valoración señalados en el apartado anterior.

Artículo 14. Excepciones a la compensación del trabajo para la casa.

1. Salvo pacto en contrario, la compensación a que se refiere el artículo anterior no tendrá lugar cuando, de otra forma, el cónyuge con derecho a ella haya obtenido ventajas patrimoniales equiparables a tal compensación, como consecuencia precisamente del régimen económico que ordenó su matrimonio.

2. No obstante, tal compensación será compatible con otros derechos de carácter patrimonial a los que tenga derecho el cónyuge que pueda exigir aquella y que tengan causa jurídica diferente de la del derecho a obtener la compensación como la pensión compensatoria.

Artículo 15. Reglas para la compensación del trabajo doméstico y asimilados.

1. El pago de la compensación por el trabajo para el hogar se hará en la cuantía, forma, plazos y con las garantías, en su caso, que acuerden las partes, cumpliendo siempre lo establecido en el artículo 13.1 de la presente Ley. Todo ello sin perjuicio de lo que, a falta de acuerdo, decida el juez.

2. La prescripción de la acción para reclamar el pago de la compensación por trabajo doméstico se regirá por lo dispuesto en el Código Civil.

²⁰⁹ La compensación económica por razón del trabajo prestado se regula en los artículos 232-5 a 232-11 del Código Civil de Cataluña, que transcribimos a continuación:

Artículo 232-5. Compensación económica por razón de trabajo.

1. En el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo establecido por la presente sección.

2. Tiene derecho a compensación, en los mismos términos establecidos por el apartado 1, el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente.

3. Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges.

4. La compensación económica por razón de trabajo tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con las reglas establecidas por el artículo 232-6. Sin embargo, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía.

5. En caso de extinción del régimen de separación por muerte, el cónyuge superviviente puede reclamar la compensación económica por razón de trabajo como derecho personalísimo, siempre y cuando los derechos que el causante le haya atribuido, en la sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o los que le correspondan en la sucesión intestada, no cubran el importe que le correspondería.

Artículo 232-6. Reglas de cálculo.

1. Los incrementos de los patrimonios de los cónyuges se calculan de acuerdo con las siguientes reglas:

El patrimonio de cada uno de los cónyuges está integrado por los bienes que tenga en el momento de la extinción del régimen o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, una vez deducidas las cargas que los afecten y las obligaciones.

Debe añadirse al patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes de que haya dispuesto a título gratuito, calculado en el momento de su transmisión, excluidas las

los cónyuges al cuidado del hogar, en el régimen de separación de bienes. En su nueva configuración, la compensación económica por razón del trabajo prestado se significa como una medida dirigida a mitigar los efectos de la liquidación del régimen de separación de bienes —un factor corrector.

donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso, así como el valor del detrimento producido por actos efectuados con la intención de perjudicar al otro cónyuge.

Debe descontarse del patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que tenía al comenzar el régimen y que conserva en el momento en que se extingue, una vez deducidas las cargas que los afecten, así como el valor de los adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen y las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante el tiempo de convivencia.

2. Las atribuciones patrimoniales que el cónyuge deudor haya hecho al cónyuge acreedor durante la vigencia del régimen se imputan a la compensación por el valor que tienen en el momento de la extinción del régimen.

Artículo 232-7. Pactos sobre la compensación.

En previsión de una ruptura matrimonial o de disolución del matrimonio por muerte, puede pactarse el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón de trabajo de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-20.

Artículo 232-8. Forma de pago de la compensación.

1. La compensación debe pagarse en dinero, salvo que las partes acuerden otra cosa. Sin embargo, por causa justificada y a petición de cualquiera de las partes o de los herederos del cónyuge deudor, la autoridad judicial puede ordenar su pago total o parcial con bienes.

2. A petición del cónyuge deudor o de sus herederos, la autoridad judicial puede aplazar el pago de la compensación u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y el devengo del interés legal a contar del reconocimiento. La autoridad judicial puede, en este caso, ordenar la constitución, si procede, de una hipoteca, de acuerdo con lo establecido por el artículo 569-36, o de otras garantías en favor del cónyuge acreedor.

Artículo 232-9. Actos en perjuicio del derecho a la compensación.

1. Si en el patrimonio del cónyuge deudor no existen bienes suficientes para satisfacer la compensación económica por razón de trabajo, el acreedor puede solicitar la reducción o supresión de las donaciones y atribuciones particulares en pacto sucesorio hechas por aquel durante la vigencia del régimen, comenzando por la más reciente, siguiendo por la siguiente más reciente y así sucesivamente, por orden inverso de fecha. La reducción debe hacerse a prorrata si la fecha es la misma o es indeterminada. El acreedor también puede impugnar los actos a título oneroso realizados por el deudor en fraude de su derecho.

2. Las acciones a que se refiere el apartado 1 caducan a los cuatro años de la extinción del régimen y no son procedentes cuando los bienes estén en poder de terceras personas adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Artículo 232-10. Compatibilidad.

El derecho a la compensación económica por razón de trabajo es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor y deben tenerse en cuenta para fijar estos derechos y, si procede, para modificarlos.

Artículo 232-11. Ejercicio del derecho a la compensación.

1. En caso de nulidad del matrimonio, separación o divorcio, la compensación económica por razón de trabajo debe reclamarse en el proceso que causa la extinción del régimen, y en el caso de resoluciones o decisiones eclesiásticas, en el proceso dirigido a obtener su eficacia civil. Como cuestión previa, la sentencia matrimonial puede pronunciarse sobre el régimen vigente si las partes hacen cuestión de él.

2. En caso de extinción del régimen de separación por muerte, la pretensión para reclamar la compensación económica por razón de trabajo prescribe a los tres años del fallecimiento del cónyuge. Sin embargo, si el cónyuge superviviente interpone una demanda al amparo del artículo 233-14.2, debe reclamar la compensación en el mismo procedimiento.

Con ella, tras la extinción del régimen, el cónyuge que ha trabajado para el hogar o para el otro cónyuge, que es económicamente más débil, puede resultar acreedor de una compensación económica que correrá a cargo del cónyuge económicamente más fuerte. Persigue, en definitiva, la comunicación de bienes entre las masas patrimoniales que, de otro modo, permanecerían inalteradas por la liquidación. En otras palabras, no va a compensar el trabajo prestado en el sentido de remunerarlo como se haría con el trabajo realizado por una tercera persona (a la valenciana), sino que toma la mayor dedicación de uno de los cónyuges al hogar o la actividad para el otro cónyuge como un mero presupuesto de su nacimiento o procedencia. Busca que el cónyuge que ha trabajado para el hogar o para su consorte sin retribución o con retribución insuficiente y ha obtenido menos ganancias pueda participar de las mayores ganancias obtenidas por su consorte y, siendo así, aproxima en gran medida, en lo que a la esencia se refiere, el régimen de separación de bienes al régimen de participación en las ganancias. Sin embargo, establece un límite a dicha participación que, como regla general, no puede superar la cuarta parte de la diferencia entre los aumentos patrimoniales de los cónyuges, y que solamente se excepcionará si se consigue demostrar que la contribución ha sido «notablemente superior». Un límite que, de un lado, no se explicaría como regla general en un régimen de comunidad y, de otro, no casa con un régimen de separación porque nunca podría aplicarse si el trabajo lo realizara un extraño.

Pues bien, si el trabajo para el hogar va a originar un derecho de compensación de un máximo de una cuarta parte de la diferencia de incrementos patrimoniales entre los cónyuges, lo cierto es que no «sale a cuenta», y ahora menos que nunca, trabajar para el hogar: yo he ganado 100 y tú 0 porque solamente has trabajado para el hogar, así que te corresponden 25. O, yo he ganado 70 y tú 30 porque has trabajado más para el hogar, así que te corresponden 10.

Claro que la solución pudiera parecer aún peor en el ordenamiento civil balear que, como se ha dicho, no reconoce el nacimiento de ningún derecho a la compensación del trabajo prestado para el hogar. Si bien, es cierto que con ello al menos no se desnaturaliza el régimen de separación de bienes (absoluta) que rige en las Islas y que, en todo caso, podrá ser modificado por pacto entre los cónyuges²¹⁰.

²¹⁰ También en Cataluña los cónyuges pueden pactar otras formas de liquidación del régimen de separación como por ejemplo la renuncia a la compensación, pero habrá que ver que dicen los tribunales acerca de hasta donde alcanza la validez de estos pactos, dado el especial régimen de eficacia que establece el artículo 231-20 CCCat en relación con los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, que genera una gran inseguridad jurídica.

En nuestra opinión, la compensación económica por razón del trabajo en el régimen de separación de bienes debería estructurarse, en todo caso, como una indemnización por un enriquecimiento injusto, que es el que obtiene el cónyuge que no trabaja o trabaja menos en el hogar que el otro, que con esta dedicación también sufre además la correspondiente pérdida de oportunidades laborales. Así, la solución debería ser: da igual cuánto hemos ganado cada uno, si tú has dedicado más tiempo que yo (más del que te corresponde, que es la mitad) al trabajo para el hogar, yo debo pagarte esta dedicación de más que me he ahorrado. Por supuesto el cálculo de este valor no será una cuestión fácil, pero, en todo caso, debería indemnizar el enriquecimiento injusto producido considerando, en su caso, la pérdida de oportunidades laborales de quien se ha dedicado en mayor medida al hogar y a la crianza de los hijos, sin límites mínimos ni máximos y sin necesidad de que el cónyuge acreedor haya obtenido un mayor incremento patrimonial que el deudor (en la línea de lo que dispone el art. 13 de la Ley valenciana 10/2007). Para su reconocimiento solamente debería exigirse la presencia de los requisitos del enriquecimiento injusto que son; el enriquecimiento del acreedor, el empobrecimiento del deudor y el nexo causal, requisitos que, de otro lado, se encuentran normalmente en la base de todos los supuestos en que falta el equilibrio o la igualdad entre las contribuciones al trabajo para el hogar de los cónyuges.

6.3.3 El ejercicio de las responsabilidades parentales tras la crisis matrimonial

Es sabido que la «atribución de la custodia de los hijos tras la ruptura de la convivencia» ha pasado por diferentes etapas en las soluciones jurisprudenciales²¹¹. Así, en una primera etapa, se atribuía sistemáticamente a la madre, porque se entendía que era con ella con quien los menores estarían mejor atendidos, pero más tarde se comenzó a aceptar la aptitud de los padres para atender adecuadamente a sus hijos, hasta el punto de que con el tiempo se llegó a reconocer que *a priori* nada demuestra que la madre tenga mayores aptitudes que el padre para ello, constatación que obligó a abandonar el prejuicio de que la custodia a favor de la madre garantiza la atención al principio del interés superior del menor. Esta evolución, en parte, se vio forzada, por la circunstancia de que algunos padres, en las situaciones de rup-

²¹¹ Ver GARCIA RUBIO y OTERO CRESPO, *op. cit.*

tura, han exigido el respeto a su derecho de tener a sus hijos en su compañía.

Es evidente que si la práctica habitual constante la convivencia de la pareja fuera la de una auténtica colaboración en las labores de atender a los hijos, las medidas que se han tomado durante mucho tiempo, habrían sido muy injustas, ya que ninguno de los progenitores tiene un mejor derecho respecto a los hijos comunes. Sin embargo, en la realidad del día a día es patente que en muchos casos es la madre quien se hace cargo del cuidado y atención de los hijos de forma casi exclusiva, a pesar de convivir todos, progenitores e hijos comunes, en el mismo domicilio. Por este motivo, las decisiones jurisprudenciales que otorgan la guarda y custodia de los hijos a la madre, en estos casos, han sido bien aceptadas, prácticamente sin oposición, o sino pactadas en el convenio regulador.

Tampoco pueden perderse de vista las consecuencias económicas que lleva aparejada la atribución del uso de la vivienda familiar, porque de buen seguro que ello también ha propiciado que se cuestione la solución tradicional. Y es que la atribución de la guarda y custodia de los menores a uno de los progenitores comportaba la del uso de la vivienda familiar, de forma que el progenitor excluido, aunque fuera propietario único de la misma o copropietario, debía abandonarla y buscarse otra vivienda.

En todo caso, entendemos que considerar la custodia compartida como regla general en la solución de las crisis convivenciales puede representar un elemento fundamental para iniciar un cambio profundo en la solución de estas situaciones más acorde con los derechos fundamentales de todas las personas implicadas y, al mismo tiempo, puede incidir en los comportamientos de ambos progenitores para con sus hijos constante la convivencia, es decir, antes de iniciarse la crisis de la pareja, fomentando la corresponsabilidad y la paternidad y maternidad responsable.

El artículo 92 CC español, tras la modificación introducida por la Ley 15/2005 establece que: «1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

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

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

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe *favorable* del Ministerio Fiscal²¹², podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.»

Los tribunales vienen sujetando la atribución de la custodia compartida, a la presencia en el caso concreto que se decide, de una serie de requisitos.

a) Muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores,

²¹² El requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal ha sido declarado nulo e inconstitucional por Sentencia 185/2012, de 17 de octubre, del Pleno del Tribunal Constitucional.

- b) Buena comunicación y cooperación entre ellos,
- c) Residencias cercanas o geográficamente compatibles,
- d) Rasgos de personalidad y carácter del hijo y los padres compatibles,
- e) Edad del menor que permita su adaptación,
- f) Cumplimiento de los progenitores de las obligaciones económicas
- g) Respeto mutuo por ambos progenitores,
- h) Que no haya excesiva judicialización de la separación,
- i) Existencia de un vínculo afectivo del menor con ambos padres,
- j) Que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida, en definitiva características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres.

Se nos ocurre que si se dieran todas estas condiciones lo que parecería raro es que la pareja se hubiera separado, ya que el escenario sería casi ideal. Por otra parte la comunicación y cooperación entre los progenitores así como el cumplimiento de sus obligaciones económicas deben darse sea cual sea el sistema de guarda al que estén sometidos los hijos (compartida o no) y el respeto mutuo no es una obligación entre ex cónyuges, sino que es un derecho-deber entre las personas que incumbe a todos con independencia de las relaciones personales o familiares que se sustenten.

Con todo, la falta de algunos de estos requisitos ha fundamentado la denegación de custodia compartida en no pocos casos. Por ejemplo: por falta de acuerdo de las partes, conflictividad entre las partes, diferentes domicilios, edad de los menores, falta de prueba de que la custodia compartida pudiera ser beneficiosa, etc. Si bien se advierte que, a pesar de requerir todas estas condiciones, hay sentencias que otorgan la custodia compartida.

En todo caso, cabe afirmar que la nueva regulación de la custodia compartida, como una forma de cumplir los padres las obligaciones para con sus hijos, de las cuales la separación, la nulidad o el divorcio no les eximen (art. 92.1 CC), es un tímido avance hacia la igualdad en el cumplimiento de las obligaciones de los progenitores respecto a sus hijos, pero sólo a los efectos de introducir expresamente el sistema de la custodia compartida, porque el tratamiento que la ley le otorga es el de situación excepcional.

En este sentido, la SAP de Toledo de 16 de mayo 2008 (*JUR* 2008/330924), en su Fundamento de derecho Segundo, hace un repaso de la jurisprudencia anterior a la Ley 15/2005 y pone varios ejemplos de sentencias de Audiencias Provinciales que después de la entrada en vigor de dicha ley han acordado custodias compartidas, concluyendo que: «en la práctica, se puede decir que la situación no ha experimentado una variación sustancial, dado que, tanto antes como ahora, se puede conceder la guarda y custodia compartida siempre y cuando el interés del menor así lo aconseje».

En la práctica, las custodias compartidas se conceden básicamente en los casos en que se solicitan de mutuo acuerdo. Y de esta manera se corre el riesgo de perpetuar el sistema patriarcal de dependencia de la mujer, ahora sin convivencia con su expareja; porque la mujer tiene en mayor medida asumida su responsabilidad para con sus hijos y normalmente accederá a quedarse con la custodia individual que raramente solicitará el padre que no ha optado por la compartida, de donde se potencia la discriminación que se quería superar: la mujer va a criar a los hijos comunes prácticamente sola, dedicación que le restará oportunidades en su vida profesional y además dependerá económicamente del padre de sus hijos²¹³.

Algunas Comunidades Autónomas disponen de normativa propia sobre custodia compartida y adoptan soluciones muy distintas a la del Código Civil español. Así:

El *Código de Derecho Foral de Aragón* refunde la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, vigente hasta el 23 de abril de 2011. El artículo 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título

²¹³ Resulta interesante, en este punto, la consulta de los axiomas de partida en la negociación que propone CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 464 y ss. Transcribimos tan solo un par de ellos. Afirma el autor:

«En un cierto sentido, los hijos no son un «bien» para los progenitores cuando la pareja está rota, sino un mal. Si fueran un bien, pagaría por los hijos el cónyuge que se queda con la custodia, y no como ahora, que paga quien se libra de ellos. Yo tengo para mí que si a los padres pagadores se les ofreciera una reducción proporcional de los pagos debidos en función de un incremento en la cantidad y calidad de su trato con los hijos, no lo aceptarían en la inmensa mayoría.»

«Está estudiado y es irrefutable. Si no fuera por la innegable presencia de factores culturales, el varón acabaría manifestando el límite de su auténtico ligazón a su proge- nie: el varón no amaría a sus hijos, sino por el hecho de ser éstos los hijos de la mujer con la que convive, *hijos de su hembra*. En otras palabras, el varón sólo está ligado a sus hijos a través de la madre de éstos, y sólo mientras es su compañera. Propia naturaleza de fieras, podría decirse. Pero también puede verse la cosa de una manera más amable: que los varones no son capaces de sentirse seguros como padres fuera del matrimonio.»

de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, dispone que a falta de pacto entre los progenitores, el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos²¹⁴.

La *Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril*, de relaciones familiares de los hijos e hijas los progenitores de los cuales no conviven, entró en vigor el 5 de mayo, sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró la suspensión de su vigencia desde la interposición del recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno del Estado, el 4 de julio de 2011, hasta que por interlocutoria de 22 de noviembre de 2011, se levantó dicha suspensión. Esta ley atribuye a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin

²¹⁴ El artículo 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón dispone con relación a la Guarda y custodia de los hijos:

«1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

- a. La edad de los hijos.
- b. El arraigo social y familiar de los hijos.
- c. La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- d. La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- f. Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

3. Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

4. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

5. La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.

6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.»

que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos²¹⁵.

Por contra, la *Ley Foral Navarra 3/2011, de 17 de marzo*, de custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de

²¹⁵ El artículo 5 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas los progenitores de los cuales no conviven dispone que:

«1. A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley.

2. Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.

3. Antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores:

a. La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores.

b. La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años.

c. La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor.

d. Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.

e. Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores.

f. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.

g. La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad.

h. Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

4. La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores.

5. La autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia.

6. Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares.»

los padres, insiste en la valoración de la existencia de una serie de condiciones para otorgar la custodia individual o compartida²¹⁶.

También el ordenamiento jurídico catalán, el artículo 233-11 CCCat, establece una serie de criterios a tener en cuenta por el juez cuando deba decidir sobre el régimen de guarda de los menores así como la forma en que dicha guarda debe ser ejercida.

²¹⁶ El artículo 3 de la Ley Foral 3/2011 dispone:

«1. En el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos.

2. En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

3. El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores: *a)* La edad de los hijos; *b)* La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas; *c)* El arraigo social y familiar de los hijos; *d)* La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; *e)* La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos; *f)* Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; *g)* Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado; *h)* Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

4. En cualquier caso, la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos.

5. Si decide la custodia compartida, el Juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad.

6. Si decide la custodia individual, el Juez fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la patria potestad que tenga atribuidos conforme a la Ley 63 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

7. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

8. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: *a)* Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas; *b)* Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de éste la guarda y custodia de los hijos.»

El juez deberá tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad que hayan presentado las partes, pero además debe ponderar conjuntamente las siguientes circunstancias:

«a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, y también las relaciones con las demás personas que conviven en los hogares respectivos».

Esta consideración es importante, especialmente porque no sólo se trata de que los menores continúen conviviendo con sus progenitores, sino que estos últimos pueden haber establecido una nueva relación y el menor debe pasar a convivir con las nuevas parejas de sus progenitores y con las demás personas que formen esta nueva familia reconstituida.

No se ha de olvidar que el artículo 236-14 CCCat dota de facultades sobre el menor al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor, es decir, consagra la figura del padrastro o madrastra por partida doble, (pareja o nuevo cónyuge del padre y pareja o nuevo cónyuge de la madre), con la característica de que al menor no le falta ninguno de sus progenitores.

«b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.»

Este criterio se refiere no tan sólo a la situación económica sino a la clase de vida que lleva cada uno de sus progenitores, situación de hecho que debe tenerse en cuenta para determinar cuál es la más acorde con las necesidades del menor. Ahí podemos hallar las situaciones tantas veces recurrentes de las obligaciones profesionales o laborales de los progenitores, que a menudo priman al deber de atención a los hijos.

El peligro de esta consideración es la perpetuación de un sistema, desgraciadamente todavía no superado, basado en la división del trabajo y una mayor valoración para el progenitor con mayores ingresos, generalmente el padre, que así justifica su menor atención a los hijos. Si bien es cierto que en muchas ocasiones la situación no depende de los progenitores y obedece a la necesidad, en cambio en otras, la cuestión no es estrictamente económica ni de aptitud sino de conflicto de intereses entre las obligaciones de atención a los hijos y la ambición profesional.

«c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a los efectos de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de los mismos con ambos progenitores.»

Esta colaboración, se trata sin duda de una decisión unilateral de los progenitores, una actitud personal. En procedimiento contencioso seguramente lo que desean las partes es perderse de vista, y sin embargo esta consideración debería hacerles recapacitar para superar sus desencuentros a favor de la estabilidad de sus hijos.

Aunque también es posible que una o ambas partes consideren que la relación con el otro progenitor no ayuda a la estabilidad de sus hijos. Todo ello deberá ser tenido en cuenta por el juez.

«d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura, y las tareas que ejercía efectivamente para procurarles el bienestar.»

Los progenitores que ya cumplían equitativamente sus obligaciones de atención a sus hijos, seguramente puedan continuar haciéndolo a través de un régimen de custodia compartida. Aunque en muchos casos habrá sido la madre quien más directamente ha atendido a los hijos, con lo cual, lo más probable es que le adjudiquen la custodia individual, perpetuando la situación, poco equitativa, que ya existía constante el matrimonio.

«e) La opinión expresada por los hijos.»

Los menores tienen derecho a ser escuchados en todas las situaciones en las que la decisión puede afectarles. Es evidente que el sistema y ejercicio de la guarda es una cuestión que les afecta, como consecuencia de un procedimiento judicial instado por sus progenitores del que ellos no han sido parte. Se trata de los terceros sobre los que recaen directamente los efectos de decisiones ajenas. Por ello el juez deberá ponderar lo expresado por dichos menores, teniendo en cuenta la edad, madurez e intereses legítimos expresados en la audiencia, para decidir sobre su custodia.

«f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.»

Estos acuerdos regulados en el artículo 233-5 CCCat, deberán ser aportados por la parte interesada, si bien los referidos a la «guarda y a las relaciones personales con los hijos menores, así como los pactos de alimentos a favor de los mismos, sólo serán eficaces si están de acuerdo con el interés de los menores, en el momento en que se pretenda el cumplimiento», de forma que al final dependerá de si el juez considera que dichos acuerdos respetan el interés del menor.

«g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y las actividades de los hijos y de los progenitores.»

Respecto al domicilio de los progenitores, se supone que si ambos desean tener una relación continuada con sus hijos ya procurarán que los domicilios sean adecuados para los menores. Ahora bien, si uno de los progenitores decide librarse de su familia, le basta con fijar el nuevo domicilio en otra ciudad, o tan alejado del domicilio familiar que haga imposible una comunicación fluida.

Aparte de los criterios indicados, el artículo 233-11 CCCat contiene unas normas de carácter imperativo. Así, el artículo 233-11.2 CCCat dispone que en la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, a no ser que existan circunstancias que lo justifiquen. Y el artículo 233-11.3 establece que no se puede atribuir la guarda al progenitor contra el que se haya dictado sentencia firme, o existan indicios fundamentados, por actos de violencia familiar o machista de los cuales los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

El Instituto Nacional de Estadística presenta los datos en valores absolutos de divorcios según el cónyuge que ejerce la custodia por comunidades autónomas de 2011, que demuestran que en aquellas comunidades en las que rige el Código Civil español, como Andalucía, esta solución es sensiblemente menos frecuente que en las que la legislación propia la recoge como solución preferente, como es el caso de Aragón, o como regla general, como hace la Ley valenciana (que solamente estuvo en vigor tres meses durante el año 2011). Los datos también reflejan los efectos del Código Civil de Cataluña en este sentido:

	Padre	Madre	Ambos	Otros
Andalucía	465	9.131	761	50
Aragón	85	887	234	11
Cataluña	526	7.142	2.014	93
Com. Valenciana	386	5.540	949	55
Navarra	43	475	60	1

En estos momentos existe un Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio que parece que pretende avanzar hacia el sistema de guarda y custodia compartida.

Entre las principales novedades que incorpora, por lo que aquí interesa, cabe destacar que el Anteproyecto exige la presentación por parte de los progenitores en caso de ruptura o de no convivencia de un plan de ejercicio de la patria potestad, como correspon-

sabilidad parental, en relación con los hijos, que habrá de incorporarse al proceso judicial. A estos efectos propone la modificación del artículo 90 CC²¹⁷ relativo al contenido del convenio regulador.

²¹⁷ Se modifica el artículo 90 CC. Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

a) El plan de ejercicio de la patria potestad conjunta, como corresponsabilidad parental, respecto de los hijos, si los hubiera, con inclusión de los pactos sobre:

1.º La forma de compartir todas las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.

2.º El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos.

3.º Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente.

4.º El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento.

5.º Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos.

b) Si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

c) La contribución, si procediera, a las cargas familiares y alimentos, tanto respecto a las necesidades ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso, con especial atención a las necesidades de los menores, al tiempo de permanencia de éstos con cada uno de los padres, a la capacidad económica de los últimos, a la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas familiares, en su caso, y al lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes.

d) La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener, en su caso, sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.

e) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

f) El inventario y liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera.

g) La prevención, si así lo acordaren, de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación, o para modificar algunos de los pactos para adaptarlos a las nuevas necesidades de los hijos o al cambio de las circunstancias de los padres.

2. Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de relación y comunicación de los hijos con los hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los interesados en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres.

4. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.»

También prevé la modificación del artículo 92 y la introducción del artículo 92 bis del Código Civil²¹⁸ que, de acuerdo con la litera-

²¹⁸ Se modifica el artículo 92, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre el ejercicio de la patria potestad, la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y considerará prioritario el interés superior de los mismos, asegurando el respeto completo y efectivo de todos sus derechos, así como su desarrollo integral.

3. La patria potestad, como corresponsabilidad parental, será ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, salvo que en interés de los hijos se acuerde por el Juez que lo sea total o parcialmente por uno de ellos.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.»

Se añade un nuevo artículo 92 bis, con la siguiente redacción:

«1. El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida.

Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.

2. El Juez, asimismo, deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con ellos, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio.

Igualmente podrá determinar, si lo considera necesario en interés del menor y siempre que no medie oposición expresa de los interesados, un régimen para que los menores se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas.

3. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente y, si se considera necesario, con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad.

Deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia.

4. El Juez, igualmente, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de expertos debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, del régimen de guarda y custodia de los menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas.

5. No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de

lidad de su exposición de motivos, «tiene como objeto introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero si en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia. Se regula, pues, la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez, si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor, tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí. Para determinar el régimen de guarda y custo-

la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.

No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

6. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el Juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, en atención a los criterios del apartado tercero y, además, a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a éstos o alguno de ellos. En defecto de todos ellos o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de protección de los menores.

7. Al acordar el régimen de guarda y custodia y el de estancia, relación y comunicación, el Juez, tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

Si uno o ambos progenitores estuvieran en alguno de los supuestos de los dos apartados anteriores, y el Juez estableciera a su favor la guarda y custodia de sus hijos, incluso por considerar que el delito estaría prescrito, o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de éstos y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución.

8. Las medidas establecidas en los artículos anteriores y en este, se podrán modificar o suspender si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor.»

dia, el Juez recabará el informe del Ministerio Fiscal, sin que tenga carácter vinculante de conformidad con la doctrina de la STC 185/2012, de 17 de octubre, y ponderará, además de las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor y el dictamen de los expertos, en el caso que lo considere necesario, así como la concurrencia o no de todos aquellos criterios relevantes para el bienestar del hijo, como la edad, arraigo social, escolar i familiar de los menores; relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; aptitud y voluntad de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; el apoyo con el que cuenten, las situación de sus domicilios o el número de hijos.»

Una primera aproximación a la letra de este anteproyecto indica que en realidad el avance que propone hacia el sistema de guarda compartida es excesivamente tímido y de llegar a realizarse no supondría en la práctica un cambio significativo respecto la regulación vigente sobre custodia compartida en la forma en que está siendo interpretada y aplicada por los tribunales. En este sentido cabe recordar que la STS de 29 de abril de 2013 ya establece que «Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC EDL 1889/1 debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»

Parece evidente la inspiración del legislador estatal en los recientes cambios de las normativas autonómicas, especialmente la catalana, a cuyo análisis nos remitimos.

Nosotros seguimos apostando por una reforma más ambiciosa que considere la custodia compartida como regla general y prefe-

rente en la solución de las crisis convivenciales, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo –en la línea de las normativas de Aragón y la Comunidad Valenciana–, y que podría representar un elemento fundamental para iniciar un cambio profundo en la solución de estas situaciones más acorde con los derechos fundamentales de todas las personas implicadas y, al mismo tiempo, podría incidir en los comportamientos de ambos progenitores para con sus hijos constante la convivencia, es decir, antes de iniciarse la crisis de la pareja, fomentando la corresponsabilidad y la paternidad y maternidad responsable.

6.3.4 La atribución o distribución del uso de la vivienda tras la crisis matrimonial y el cumplimiento de las obligaciones por razón de la vivienda

En situación de crisis matrimonial, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, decidirá la autoridad judicial. El artículo 96 del Código Civil español dispone los criterios que han de aplicarse a esta decisión:

«El uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella comprendidos corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la de otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados, cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.»

Responde de esta manera al interés de los hijos con la atribución del uso de la vivienda familiar, a quienes lo asigna prioritariamente junto con el progenitor custodio. Si no hay hijos ni menores ni mayores de edad que convivan con un cónyuge, el criterio de atribución será el interés del cónyuge más necesitado de protección. Aunque esta atribución será temporal y habrá de fijarse el periodo en el que se prevé que la necesidad pueda desaparecer, de lo contrario no cabría la posibilidad de prórroga contemplada en el mismo párrafo. Con todo, se trata de un punto conflictivo y de difícil previsión, si la necesidad se debe a problemas de salud o a la falta de trabajo remu-

nerado del cónyuge beneficiario de la atribución del uso, ya que la situación puede mantenerse indefinidamente.

La atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges genera un derecho distinto según se trate de una vivienda arrendada o propiedad de uno o de ambos cónyuges:

Si la vivienda es arrendada, y el uso de la misma, ha sido atribuido al consorte no titular del arrendamiento, éste podrá continuar en el uso de dicha vivienda, en las mismas condiciones que el consorte arrendatario, con comunicación al arrendador de la resolución judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 LAU.

Si la vivienda se detenta en propiedad, uno de los cónyuges (y en su caso, los hijos que conviven con él) adquiere el derecho de uso sobre la misma, con independencia de quien sea el propietario. Desde luego que los conflictos pueden aparecer solamente cuando es propiedad indivisa de ambos cónyuges o cuando es propiedad individual del cónyuge no beneficiado con el derecho al uso (no así cuando el propiedad individual del cónyuge a quien se otorga el uso, que es una facultad inherente del derecho de propiedad).

El Código Civil español, en la redacción vigente, no resuelve la cuestión de cómo deben afrontarse, después de la atribución del uso de la vivienda, las obligaciones que pueden estar pendientes relacionadas con su adquisición o mejora y cómo han de distribuirse los gastos ordinarios y extraordinarios de conservación de la misma.

Con todo, de una parte, la doctrina jurisprudencial considera que la atribución uso de la vivienda al cónyuge que no es beneficiario debe ponderarse como contribución en especie a los efectos de determinar la pensión de alimentos o la pensión compensatoria que puede corresponder al otro cónyuge.

También, la doctrina jurisprudencial ha sentado el criterio que los gastos ordinarios o de conservación mantenimiento y reparación de la vivienda corresponden a aquel de los cónyuges que dispone de su uso, mientras que las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora corresponden al titular o titulares.

Estas cuestiones sí se encuentran resueltas en la regulación que el Código Civil de Cataluña, que introdujo novedades importantes en este punto y que, como tendremos ocasión de comprobar, inspiran el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, sobre el que volveremos más adelante.

De una parte, reconoce la exposición de motivos de la Ley 25/2010, se pone énfasis en la necesidad de valorar las circunstancias del caso concreto, de ahí que se prevea que, a solicitud del interesado se pueda excluir la atribución del uso de la vivienda

familiar si quien resultaría beneficiario tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades y las de los hijos, o bien si quien debe cederlo puede asumir y garantizar suficientemente el pago de los alimentos a los hijos y la prestación que pueda corresponder al cónyuge en una cuantía que permita cubrir las necesidades de vivienda de éste. Por el contrario, si aunque corresponde a un cónyuge el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad de éste continúe después de llegar los hijos a la mayoría de edad, la atribución de la vivienda se puede hacer inicialmente en este concepto. En todo caso, la atribución por razón de necesidad es siempre temporal, sin perjuicio que se puedan instar las prórrogas que correspondan. Se pretende, sigue reconociendo la exposición de motivos, poner freno a una jurisprudencia excesivamente inclinada a dotar de carácter indefinido a la atribución, en detrimento de los intereses del cónyuge titular.

El artículo 233-21.3 CCCat reconoce expresamente que los cónyuges pueden haber pactado en previsión de la ruptura matrimonial, sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar y sobre las modalidades de dicho uso. Pactos que serán eficaces siempre que no perjudiquen el interés de los hijos ni comprometan las posibilidades de atender las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

En todo caso, los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar a uno de ellos a los efectos de satisfacer, en la parte correspondiente, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso, o la prestación compensatoria de éste, en su caso. También pueden distribuirse el uso de la vivienda por periodos determinados (art.233-20.1 CCCat).

A falta de acuerdo, o si éste no es aprobado judicialmente, el artículo 233-20.2 CCCat, establece que la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes, mientras ésta se mantenga. La atribución de la vivienda familiar al cónyuge que tenga la custodia de los hijos menores, ha de ampliarse al que la tenga de los mayores incapacitados. Aunque no parece que opere de forma imperativa, sino tan sólo como indicación, «preferentemente».

El siguiente criterio de atribución que menciona el artículo 233-20.3 CCat es el de la atribución del uso al cónyuge más necesitado. Cabría plantear qué debe entenderse por «cónyuge más necesitado». Si se refiere a menor capacidad económica o a situación de necesidad, o a ambas cosas según las circunstancias. El criterio, del cónyuge más necesitado de protección se aplicará: a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores;

- b) Si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad; y
- c) Si a pesar de corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de llegar los hijos a la mayoría de edad».

Este último supuesto previsto en la letra c) se distingue del contemplado en el apartado 2 de este mismo precepto en que mientras en dicho apartado 2 la atribución del uso está limitada al tiempo en el que el cónyuge tenga la custodia de los hijos, en el presente supuesto, este plazo no es aplicable, y ello aunque la atribución del uso siempre es temporal.

Excepcionalmente, la autoridad judicial puede atribuir el uso al cónyuge que no tiene la guarda de los hijos menores, si es el más necesitado y el cónyuge al que corresponde la guarda de los hijos comunes tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades de vivienda y la de sus hijos. (art. 233-20.4 CCCat).

En todo caso, la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga se debe pedir dentro de los seis meses anteriores al vencimiento del plazo fijado y se debe tramitar por el procedimiento establecido por la modificación de medidas definitivas (art. 233-20.5 CCCat).

La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos (art. 233-20.6 CCCat).

La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge que no es propietario o sólo lo es en parte, debe ponderarse en la contribución en especie del cónyuge no beneficiario, para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria, en su caso» (art. 233-20.7 CCCat).

Sin embargo, tras disponer estas reglas generales de atribución o distribución del uso de la vivienda familiar, el CCCat prevé una serie de supuestos en los que, a instancia de uno de los cónyuges, la autoridad judicial puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar. Son los siguientes (art. 233-21 CCCat):

- «a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de sus hijos.»

Es el caso de que el cónyuge que no tiene la guarda de los hijos pide al juez que le sea atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar. Téngase presente que en ningún lugar se dice que el cónyuge que solicita dicha atribución deba encontrarse en estado de necesidad, ni

tan sólo se requiere que tenga menos posibles que su consorte custodio de sus hijos, basta que demuestre las posibilidades de su consorte. Seguramente esta posibilidad se debe circunscribir al supuesto del cónyuge propietario único o copropietario de la vivienda.

«b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos, y en su caso, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de los mismos.»

Este supuesto se fundamenta exclusivamente en la suficiente capacidad económica del cónyuge que solicita la no cesión del uso para atender de otro modo las necesidades de vivienda de sus hijos y el cónyuge custodio.

En otro orden de ideas, el artículo 233-21.2 CCCat distingue el alcance del derecho al uso de la vivienda familiar en función del título por el que se posee y otorga rango legal a lo que en este punto ya había resuelto la doctrina jurisprudencial. En este sentido dispone que «Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente del de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo que disponga el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando éste reclama la restitución. Para este caso, de acuerdo con lo que establece el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las prestaciones alimentarias o compensatorias pertinentes».

El derecho de uso de extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y si fue concedido por razón de la guarda de los hijos, cuando ésta termina. Si el derecho de uso fue atribuido con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas: a) por mejora la situación económica del cónyuge beneficiario o empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si ello lo justifica; b) por nuevo matrimonio o convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona; c) por la muerte del cónyuge beneficiario del uso; d) por el vencimiento del plazo para el que fue establecido, y de la prórroga, en su caso.

Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar la posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o la extinción de este derecho, y puede solicitar, en su caso, la cancelación registral del derecho de uso (art. 233-14 CCat).

Por último, el artículo 233-25 CCat dispone que:»El propietario o el titular de derechos reales sobre la vivienda familiar, tanto si es el

cónyuge como un tercero, pueden disponer libremente de su derecho sin necesidad del consentimiento del beneficiario del derecho de uso, y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso (art. 233-25 CCCat)». Como puede apreciarse, el tratamiento sobre la disposición de la vivienda familiar es completamente distinto después de la sentencia de nulidad separación o divorcio, que durante el matrimonio que se rige por lo establecido en el artículo 231-9 CCCat.

A efectos prácticos estas novedades apuestan por la limitación temporal de la cesión del uso de la vivienda y por la tangibilidad de la vivienda familiar, cuyo uso puede cambiarse por el de otra vivienda o incluso por dinero. Son medidas que, en términos generales, mejoran la posición del cónyuge titular que no goza del derecho al uso, en perjuicio de la posición que venía ostentado el cónyuge beneficiario. No podemos perder de vista el alto porcentaje de supuestos en que, como se ha visto en el apartado anterior, la guarda de los hijos menores se atribuye a la madre y con ello, también el uso de la vivienda familiar, y siendo así, se puede afirmar que estas previsiones afectan en diversa medida a mujeres y hombres.

Las novedades del Código Civil de Cataluña en materia de uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja abarcan también la previsión de que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y tasas de devengo anual son a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso de la vivienda familiar (art. 233-23.2 CCCat). Ello es así, independientemente de que el propietario sea, o no, el cónyuge que tiene atribuido el uso, o sean ambos cónyuges copropietarios. Con anterioridad era la sentencia judicial la que determinaba a quien correspondían estos gastos y, en ocasiones, se atribuían, algunos o todos, al cónyuge que no gozaba del uso.

Respecto a las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar, incluidas las derivadas de los seguros vinculados a dichas obligaciones, se establece que deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución (art. 233-23.1 CCCat). Esta última previsión impide que la sentencia de separación o divorcio prevea, por ejemplo, que el pago de la hipoteca de la vivienda corra a cargo del cónyuge que tiene atribuido su uso y la cantidad que le corresponda al que no tiene el uso se compense con la cuantía de los alimentos o la pensión compensatoria que debe abonar a favor de los hijos o la expareja. Y así, en la práctica, también esta previsión perjudica a un gran número de mujeres que teniendo atribuido el uso de la vivienda quedan a expensas de que su expareja haga efectivo el pago mensual de la hipoteca, teniendo que afrontarlo ellas directamente cuando se retrasa o no se realiza, para

evitar las consecuencias de un embargo. Además, en este caso, para reclamar el pago de las cantidades avanzadas no podrán solicitar la ejecución de la sentencia por impago de las pensiones de alimentos o compensatoria y deberán acudir a un procedimiento declarativo de reclamación de cantidad, con lo que ello comporta de dilación en el tiempo para solucionar el problema.

También el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio plantea inconvenientes y discriminaciones por los efectos claramente perjudiciales de su aplicación con relación a las mujeres respecto a los hombres en esta materia –algunos ya se han señalado con relación a la normativa catalana–. Dicho Anteproyecto prevé la modificación del artículo 96 CC²¹⁹, y regula la asignación

²¹⁹ El artículo 8 del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio dispone que:

«Se modifica el artículo 96, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

1. El Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquellas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. Igualmente deberá determinarse un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento.

2. Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad.

Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

4. La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge.

5. Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dis-

de la vivienda, según se explica en la exposición de motivos, «atendiendo al criterio general del interés superior del menor, por encima de cualquier otra consideración, y a los intereses del cónyuge que más dificultades pueda tener para encontrar una nueva vivienda tras el cese de la convivencia, sólo en la medida en que dichos intereses sean compatibles con el citado interés superior de cada menor». Al establecer los criterios de distribución distingue si se está en un supuesto de régimen de guarda compartida o individual, y de si la vivienda familiar es copropiedad de los progenitores o bien privado de uno de ellos.

Por regla general, aunque no aparece expresa en la letra del anteproyecto, el uso de la vivienda se atribuirá al cónyuge custodio y, esto si se dice, «excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos».

También se prevé la posibilidad de la atribución por periodos alternos a ambos progenitores, se entiende, para el caso de que existan hijos menores o con la capacidad judicialmente completada en régimen de custodia compartida y siempre que sea compatible con sus intereses.

Asimismo se dispone que cuando la custodia de los hijos sea compartida, los cónyuges no tengan hijos o estos sean mayores de edad, el uso se atribuirá al progenitor que tenga objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

puesto en el título. Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

6. Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido a los hijos menores cuya guarda y custodia sea ejercitada por un progenitor, ya fuera privativa del otro o común, se precisará el consentimiento de ambos, debiendo poner en conocimiento del Juzgado el cambio de residencia de los menores o, en su defecto, la autorización judicial.

7. Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación.

8. El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.»

En todo caso, se insiste en que la atribución de la vivienda familiar tiene carácter temporal hasta que cese la obligación de prestar alimentos a los hijos o se liquide la vivienda, si se la hubiera atribuido por tener su guarda y custodia, y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos. En los demás supuestos, se establece que la atribución del uso lo será por un tiempo máximo de dos años prorrogables durante otro, si la atribución fue por razón de necesidad del cónyuge o hasta que se le dé un destino definitivo. Parece que la limitación temporal no admitiría más prórroga que la legalmente prevista, lo que supone en nuestra opinión un límite excesivamente rígido a la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección, que perjudicará en mayor medida a las mujeres que en un elevado porcentaje se sitúan en esta posición.

El Anteproyecto también dispone expresamente que la atribución a uno solo de los progenitores se tomará en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la pensión compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge.

Se dispone también que, los efectos de la atribución judicial del uso quedan limitados, en su caso, a lo dispuesto en el título diferente al de propiedad por el que los cónyuges posean la vivienda. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de atribución judicial de su uso acaban cuando se reclame la restitución.

En la misma línea que la normativa catalana antes comentada, el Anteproyecto establece criterios para la distribución de las obligaciones por razón de la vivienda:

Mientras se mantiene la atribución del uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario, y los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios, aunque excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges, el juez puede disponer otra cosa.

La carga hipotecaria que recaiga sobre la vivienda, las obligaciones contraídas para la adquisición o mejora de la vivienda y los seguros vinculados a esta finalidad han de satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

Valen aquí las consideraciones expuestas con relación al artículo 233-23.1 CCCat. Esta norma perjudica en gran medida a las mujeres que teniendo atribuido el uso de la vivienda quedan a expensas de que su expareja haga efectivo el pago mensual de la hipoteca, teniendo que afrontarlo ellas directamente cuando se

retrasa o no se realiza, para evitar las consecuencias de un embargo. La situación es, en este caso, aún más discriminatoria, en tanto que el Anteproyecto prevé en su literalidad que se satisfagan por los cónyuges de acuerdo con el título de constitución las «cargas hipotecarias» que recaigan sobre la vivienda, e incluye así obligaciones distintas a las contraídas para la adquisición o mejora de la vivienda que cuentan con la garantía real de la misma y han sido asumidas por ambos o por uno solo de los cónyuges con otra finalidad.

6.3.5 La más novedosa doctrina jurisprudencial con relación al derecho de daños morales en materia de derecho de familia

Recientemente ha cobrado gran actualidad entre los autores el debate sobre la posibilidad de aplicar en nuestro ordenamiento jurídico las reglas de la responsabilidad extracontractual a las relaciones familiares.

La cuestión es muy compleja y no puede ser tratada aquí con toda la extensión que merece. Solamente interesa ahora señalar que la doctrina jurisprudencial ya ha sentado precedentes en la aplicación del derecho de daños a supuestos de filiación, abogando por la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por ocultar la esposa al marido la verdadera paternidad de un hijo resultado de una relación extramatrimonial, o por privar al padre de la relación con su hijo (Ver entre otras: SAP Valencia de 2 de noviembre de 2004, SAP Valencia de 5 de septiembre de 2007; SAP Barcelona de 16 de enero de 2007; SAP Cádiz de abril de 2008; SAP Alicante de 4 de octubre de 2010; SAP Ciudad Real de 29 de febrero de 2012; SAP Valencia de 28 de marzo de 2012; y SAP Asturias, de 18 de mayo de 2012).

Con todo, y en relación a la oportunidad de admitir la responsabilidad por el incumplimiento de alguno de los deberes conyugales, existe jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que el incumplimiento del deber de fidelidad no genera derecho a la indemnización (SSTS 22 de julio de 1999 y 30 de julio de 1999). En esta línea hay que señalar que reconocer la existencia de daño moral provocado por la conducta de uno de los cónyuges comportaría prácticamente el retorno del divorcio sanción ya superado en nuestro sistema, reconduciendo al ámbito de la responsabilidad extracontractual la reprobación de determinados comportamientos que con anterioridad eran causa de separación o divorcio.

Coincidimos con Josep Ferrer²²⁰ en que la configuración del matrimonio como una comunidad de vida voluntaria convierte en incoercibles los llamados «deberes conyugales» de imposible cumplimiento forzoso y de dificultosa cuantificación (los daños) en el cumplimiento por equivalencia.

Y es que, como apuntaba la profesora Rosario Valpuesta, lo que está en juego es la libertad personal de los cónyuges «con el riesgo añadido de dar cobertura a un tratamiento discriminatorio a las mujeres, al proyectar sobre las mismas la intolerancia que durante mucho tiempo se ha tenido acerca del ejercicio de su libertad»²²¹.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILERA RULL, Ariadna: «La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres», *Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2012*.
- ÁLAMO MARTELL, M.^a Dolores: «La licencia marital y su supresión» en *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado* (Dir. S NAVAS NAVARRO, Coord. S. CAMACHO CLAVIJO, A. DE LAMA AYMÀ). Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 361 a 375.
- ALBALADEJO GARCIA, Manuel: *Derecho de Familia. Curso de Derecho Civil, IV*, 3.^a ed., Librería Bosch, Barcelona, 1987.
- ARENAL PONTE, Concepción: *La mujer del porvenir, 1884*. Feedbooks, disponible en <http://www.feedbooks.com>
- BORREL I SOLER, Antoni M.: *Dret civil vigent a Catalunya*. Volum IV, Dret de Família. Imprenta de la Casa de Caritat. Barcelona 1923.
- BROCÀ, Guillem M. de: *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*. Edición facsímil de la primera edición de 1918. Textos jurídicos catalans. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Barcelona 1985.
- BROCÁ Y MONTAGUT, Guillermo M.^a de, y AMELL Y LLOPIS, Juan: *Instituciones del derecho civil catalán vigente*. 2.^a ed. Tomo I, Imprenta barcelonesa, Barcelona 1886.
- CANCERUS, Jacobus: *Variae Resolutiones iuris Caesarie Pontificiet Municipalis Principatus Cathaloniae*. Venetis, 1642. Pars I, Cap. IX, n.º 193.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *La condición social y jurídica de la mujer: la diferenciación social de los sexos en sus aspectos biológico, ético y jurídico*. Instituto Editorial Reus, Madrid 1955.
- COMES, Joseph: *Viridiarum artis notariatus sive tabellionum*. Tomo I, Gerundae, 1715, Pars I, Cap. XXI, n.º 16.
- CORBELLA, Arturo: *Manual de derecho catalán*, Imprenta de Viuda de Vidiella y Pablo Casas. Reus 1906.
- DE CORTIADA, Miquel: *Decisiones Reverendi Cancellarii et Sacri Regii Senatus Cathaloniae*. Barcinonae, 1689. Pars Quarta Decís, n.º 15.

²²⁰ FERRER I RIBA, *op. cit.* «Relaciones familiares y límites», p. 11.

²²¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *La disciplina constitucional*, p. 348.

- DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho: *Comentario crítico-jurídico literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2.^a ed. Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino. Madrid 1852.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*. Tomo II. *Derecho de la persona*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1952.
- DE SOCARRATS, Joan: Commentario, in tractatum Petri Alberti de Consuetudinibus Cathaloniae. Lugduni. 1551, Comentaría a la Consuetudo XXII, n.º 9; Comentaría a la Consuetudo XXVI, n.º 9.
- DE LA CÁMARA, Manuel: «Reflexiones en torno a la capacidad patrimonial de la mujer casada» en *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Vol. VI, Universidad de Navarra. Eunsa, 1969 pp. 95 a 153.
- DEL AMO DEL AMO, M.^a Cruz: *Mujer, familia y trabajo*. Madrid 1850-1900, Ateña, Estudios sobre la mujer. Universidad de Málaga 2010.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Editorial Tecnos, Madrid 1974.
- DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLON BALLESTEROS, Antonio: *Derecho de Familia. Derecho de sucesiones. Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 9.^a ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- Domat, Jean: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Seconde Edition. Tomo I. Chez la Veuve de Jean Baptiste Coignard, Imprimeur et Libraire ordinaire du Roy. Paris 1695.
- DURÀN I BAS, Manuel: *Memoria de las instituciones del derecho civil de Cataluña. Escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*. Imprenta de la Caridad, Barcelona 1883.
- ESPUNY TOMÁS, M.^a Jesús: «Aproximación histórica al principio de igualdad de sexos (IV): De la Ley del contrato de trabajo de 1944 a las últimas disposiciones franquistas» en *IUS/Labor 1/2008*, pp. 1 a 22.
- FERRER, Francisco: *Commentarius Analyticus ad Constitutionem ex insignioribus principatus Cathaloniae primam, subtitulo soluto matrimonio, incipientem Hac Nostra. Ilerdae, 1629. Tempus 3, Declaratio 12, n.º 32*.
- FERRER I RIBA, Josep: «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», *InDret*, 4/2001.
- FINESTRES ET DE MONSALVO, Joseph: *Praelectiones cervariensis sive commentari academici ad titulos pandectarum de inoficioso testamento ac de vulgari et pupilari substitutione*. Cerverae 1752.
- FINESTRES ET DE MONSALVO, Joseph: *De jure Dotium. Libri V, Cervariae, 1754, Lib. I, n.º 78*.
- FONTANELLA, Joan Petrus: *Tractatus de Pactis Nuptialibus sive de Capitulis Matrimonialibus*. Tomus Posterior, Genevae, 1762. Cl. VI. Gl. II, Pars VII, n.º 5.
- GALVE GÓRRIZ, Carmen, y SALAS FUMÁS, Vicente: *La empresa familiar en España. Fundamentos económicos y resultados*. Fundación BBVA, Bilbao 2003.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, Tomo I y II. Madrid 1852. Edición anástática, Editorial Base, Barcelona 1973.
- GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil* (5.^a ed, revisada y puesta al día por Alberto BERCOVITZ). Tomo I. Madrid 1968.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen: «Comentarios a los artículos 20 a 25 y a los artículos 49 a 51 de la Compilación de derecho civil especial de Cataluña» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. ALBALADEJO). Tomo XXVII, Vol 1. Madrid 1981.

- *La nueva normativa en materia de capacidad de la persona*, Civitas, Madrid, 2.ª ed 1992.
- «La llei republicana del divorci de 2 de març de 1932 (La trajectòria del divorci de la Ley de 1932 a la Ley 15/2005)», en *Segona República i Món jurídic* (Coord. Maria Ysàs Solanes) Mataró (Barcelona) 2007, pp. 111 a 147.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen (Directora y autora), y SOLÉ RESINA, Judith (Coordinadora y autora): *Tratado de Derecho de la Persona*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, Pamplona, en prensa.
- GIBERT, Vicentius: *Theorica Artis Notariae*. Barcinonae, 1772, Pars Prima, Cap. II, Tit. I.
- GISBERT GRIFO, Marina: «Mujer y sociedad: Evolución de la mujer en la sociedad y en el mundo laboral en el Siglo XX. Realidad actual de la mujer en España» en *Mujer y trabajo en el siglo XXI: estudio y prevención de riesgos laborales*. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander junio 2007.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de Familia*, I. Librería Bosch, Barcelona 1974.
- *Derecho de Familia*, II. Librería Bosch, Barcelona 1975.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, y RAMS ALBESA, Joaquín: *Derecho de Familia, Elementos de derecho civil IV*. 4.ª ed., Librería Bosch, Barcelona 1997.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación española. 4 Codificación civil* (Génesis e historia del Código). Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Madrid 1970, Vol. I y Vol. II.
- MANCOMUNITAT DE CATALUNYA, Parafernals, Oficina d'Estudis jurídics. Barcelona, 1921.
- MIERES, Thomas: *Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniae*. Barcinonae, 1621. Pars. I Collatio Sexta Rubrica De Iure Dotium, n.º 148.
- MOLÍ, Francisco: *Tractatus Celebris, et Insignis de Ritu Nuptiarum, et Pactis in Matrimonio Conventis*. Barcinonae, 1617. Lib. III. Quaest 67, n.º 5.
- MONTERO, Mercedes: «Los primeros pasos hacia la igualdad: mujer y universidad en España (1910-1936)» en *Historia crítica*, núm. 40, Bogotá 2010, pp. 148 a 168.
- MUJAL ET DE GIBERT, Joan Antoni: *Anotationes bene mutis iudicatus fontibus*. Cervera 1781.
- ORTEGA LÓPEZ, Margarita: «Una reflexión sobre la historia de las mujeres en la edad moderna» en *Norba*. 8-9 Revista de Historia. Cáceres 1987-1988, pp. 159 a 168.
- PELLA I FORGAS, José: *Código civil de Cataluña. Exposición del derecho catalán comparado con el código civil español*. 2.ª ed. Tomo IV., Editorial Velra, Barcelona 1943.
- PORTALIS, «Discours N.º 15 Livre I, Titre V, Exposé des motifs de la loi relative au mariage per le Conseiller d'Etat Portalis » (pp. 219 a 266) en *Code Napoléon, suivi de l'exposé des motifs, rapports, opinions et discours sur chaque loi*. A Paris, chez Firmim Didot, Libraire et fondeur en caractères d'imprimerie, Roue de Thionville n.º 10, 1808. Tomme deuxième.
- PUIG FERRIOL, Lluís: *L'estat civil de dona casada segons el dret civil a Catalunya*. Barcelona, 1971.

- PUIG FERRIOL, Lluís, ROCA TRÍAS, Encarna: *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*. Tomo II (Derecho familiar catalán), Bosch, Casa Editorial. Barcelona 1979.
- *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*. Tomo I (Introducción y parte general del derecho civil de Cataluña), Bosch, Casa Editorial. 2.^a edición, Barcelona 1984.
- PUIG SALELLAS, Josep M.^a: «Notas sobre la autonomía de la mujer casada en la Compilación catalana», en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Cátedra Duran i Bas, Barcelona 1971.
- RAMÓN, Joseph: *Consiliorum iura cum Sententia Senatus Regii Cathaloniae*. Parmae, 1695. Lib III, *Observantium in Consilium* 96, n.º 25, Lib. IV, *Decis* 68, n.º 12 y 13.
- SALVADOR CODERCH Pablo, y MIRAMBELL I ABANCÓ, Antonio: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir: M. ALBALADEJO GARCÍA), Edersa, Madrid, 1990, Tomo XXVII - Vol. 1.º Artículos 1 a 51 de la Compilación de Cataluña.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Juana, y ZAYAS RIQUELME, Joaquín: «La mujer a través de los testamentos. Murcia, siglo XVIII» en *Contrastes. Revista de Historia*, núm 11, 1998-2000, pp. 153 a 168.
- SOLÀ PARERA, Angels: «Las mujeres como productoras autónomas en el medio urbano (siglos XIV-XIX)» en *La historia de las mujeres: perspectivas actuales* (Cristina BORDENRÍAS, ed). Icaria Editorial. Barcelona 2009, pp. 225 a 267.
- SOLE RESINA, Judith: «La situación de la mujer y los menores de edad en el derecho civil de la época (el 1977)», 30 años de la Ley de Amnistía (977-2007), M.^a Jesús Espuny y Olga Paz, Coords., Dykinson, S. L., Madrid, 2009, pp. 211-226.
- SUMNER MAINE, Henry: *El derecho antiguo. Parte general*. Traducción del francés, cotejada con el original, por A. GUERRA. Biblioteca jurídica de Autores contemporáneos. Madrid 1893. Reedición de Editorial Civitas, Madrid 1993.
- RAMOS, Rafael: *Capacidad de los menores para contratar y obligarse. Legislaciones forales. Estudios sobre Derecho civil*. Segunda Parte. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid 1892.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Pactos con trascendencia sucesoria en la sociedad civil¹

CAROLINA MESA MARRERO

Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN

La disolución de la sociedad a causa de la muerte de un socio puede evitarse si se pacta previamente que la sociedad continúe entre los socios sobrevivientes o con el heredero del socio fallecido. En el presente trabajo se pretende analizar, en el marco de la sociedad civil, algunas cuestiones y problemas que plantean estos pactos; en particular, si podrían considerarse contrarios a la regla prevista en el artículo 1271.2 CC que prohíbe los pactos sucesorios y, en su caso, si son admisibles como excepciones a dicha regla.

PALABRAS CLAVE

Sociedad personalista, disolución de la sociedad civil, pactos de continuación de la sociedad, pactos sucesorios.

ABSTRACT

Under Spanish law, the death of an associate of a Civil Company causes the dissolution of the society. This can be avoided if the partners previously agree that the society will continue between the surviving partners or between them and the heir of the deceased partner. This paper aims to analyze, in the scope of the Civil Company, some issues and problems of these agreements. In particular, it discusses whether they could be considered contrary to the

¹ Este trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación sobre «Nuevas perspectivas de los pactos sucesorios: dimensiones sustantiva, interregional e internacional» (Ref. DER2010-15162/JURI). Asimismo, en la ejecución del Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER, sobre «Sucesiones internacionales. El Reglamento 650/2012 y su interacción con el Derecho Civil nacional» (Rfe. DER2013-43391-R).

rule imposed by article 1271.2 Civil Code, which prohibits agreements on succession, and if so, whether they fall under an exception to this rule.

KEYWORDS

Partnerships, dissolution of Civil Company, agreements to continue the company, succession agreements.

SUMARIO: 1. *Planteamiento general.*–2. *La influencia del intuitus personae en la sociedad civil. La disolución de la sociedad por la muerte de un socio.*–3. *Pactos de continuación de la sociedad tras el fallecimiento de un socio.* 3.1 *Pacto de continuación entre los socios sobrevivientes.* 3.2 *Pacto de continuación con el heredero del socio fallecido*

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El presente trabajo tiene por objeto abordar, en el marco de la sociedad civil, algunas cuestiones y problemas que plantean determinados pactos que pueden concertar los socios para regular las consecuencias que provocaría el fallecimiento de cualquiera de ellos en la relación societaria. Se trata, por tanto, de analizar los pactos sociales que inciden sobre aspectos sucesorios, en la medida en que tales acuerdos configuran el destino *mortis causa* de la condición de socio o, en su caso, el de la participación social vinculada a esa posición jurídica. Así considerados, se perfilan como pactos con trascendencia sucesoria, un tema especialmente complejo, en el que se entrecruzan cuestiones propias del Derecho de sociedades y del Derecho de sucesiones².

Este tipo de pactos constituye una manifestación de la autonomía privada en el ámbito contractual (*ex art. 1255 CC*), en cuanto los socios tienen la posibilidad de establecer las reglas que van a determinar la organización interna y el funcionamiento de la relación societaria en caso de fallecimiento de uno de sus miembros³.

² En este sentido, y como ya apuntó en su momento CATALA, P., «Le sort des parts sociales au décès de l'associé», en *Etudes de Droit Commercial (A la mémoire de Henry Cabrillac)*, Librairies Techniques, Paris, 1968, p. 59, «la sucesión de la participación en la sociedad, intersección del derecho sucesorio y del derecho de sociedades, concentra todos los problemas propios de las dos materias y apela a la búsqueda de conciliaciones que pueden ser irrealizables: la de la igualdad sucesoria con la igualdad social, o aquella de la protección de los legitimarios con la salvaguarda de la *afectio societatis*».

³ En las sociedades civiles, la posibilidad de establecer pactos deriva del reconocimiento a la autonomía de la voluntad en materia de contratos que proclama el artículo 1255 CC. En relación a las sociedades mercantiles, el artículo 121 CCo dispone que las sociedades mercantiles «se registrarán por las cláusulas y condiciones de sus contratos y, en cuanto en ellas no esté determinado y prescrito, por las disposiciones de este Código». También en el ámbito de las sociedades mercantiles, en relación a las denominadas sociedades de capital

Y teniendo en cuenta que se trata de reglas previstas convencionalmente que incidirán, en buena medida, en la sucesión *mortis causa* de los socios, nos preguntamos si estos pactos sociales podrían considerarse contrarios a la regla general que prohíbe la sucesión contractual en el artículo 1271.2 CC y, en su caso, si son admisibles como excepciones a dicha regla⁴.

La norma precitada prohíbe los contratos que versen sobre la herencia futura⁵, y expresamente sólo autoriza aquéllos que tienen por objeto practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales conforme al artículo 1056 CC, lo que se interpreta en el sentido de que la norma permitiría que la parti-

el artículo 28 del Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, consagra expresamente la autonomía de la voluntad al disponer que «en la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido». Respecto a este tema, *vid.* la RDGRN de 13 de enero de 2014 (RJ 2014, 862).

Sobre la aplicación de la autonomía privada en el ámbito de las sociedades mercantiles, *vid.*, SÁNCHEZ-GONZÁLEZ, C., «La autonomía de la voluntad en la configuración estatutaria de las sociedades de capital», *La Ley*, octubre-2011, pp. 6-8, quien destaca que «en pocos campos como el del Derecho de sociedades de capital se muestra de modo tan patente la tensión entre la Ley y autonomía de la voluntad»; GARRIDO DE PALMA, V. M., «La autonomía de la voluntad en las modificaciones estructurales», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 78, abril-junio, 2011, pp. 224 y ss.

⁴ Sobre el contenido, alcance y excepciones de la regla prohibitiva, *vid.* el estudio realizado por GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., «Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, t. I, coord. por J. SOLÉ RESINA, M.ª C., GETE-ALONSO Y CALERA, vol. 1, 2011, pp. 1259-1285.

⁵ Esta regla prohibitiva ha sido muy criticada por la doctrina, que pone en tela de juicio las objeciones que históricamente se han esgrimido para rechazar la admisibilidad de los pactos sucesorios, entre otras la que apuntaba que debía evitarse que, con fundamento en la libertad de contratación, resurgieran de hecho las vinculaciones y los mayorazgos propios una etapa pasada; la que justificaba la prohibición en la supuesta inmoralidad que supondría admitir la sucesión contractual, o incluso, la que considera que los pactos sucesorios privan al causante de la libre mutabilidad de su voluntad de disposición *mortis causa*, ya que no podría el causante revocar por su voluntad el contenido de la disposición otorgada. En este sentido, *vid.* GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., «Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia», *cit.*, pp. 1283-1285; ALBIEZ DOHRMAN, K.J., «Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. II, GARRIDO MELERO, M., y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (Coordinadores), Bosch, p. 589; SÁNCHEZ ARISTI, R., «Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 480-484; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 1271 CC», en *Código Civil comentado*, vol. IV (Dir.) CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 665, destaca que esta norma refleja «el prejuicio existente acerca de los negocios que versan sobre la herencia, sobre los que ha pesado en demasía la sospecha de falta de libertad de las personas que intervienen, dada la influencia que las relaciones de familia tienen entre sus miembros»; a juicio de RAMS ALBESA, J., «Comentario al artículo 1271 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., t. XVII, vol. 1, EDESA, Madrid, 1993, p. 466, «la prohibición carece desde siempre de fundamento y hoy no cubre ningún interés que sea digno de protección legal, más bien imposibilita el tratamiento racional de las sucesiones».

ción realizada por el testador se llevase a cabo sin las formalidades propias del testamento, lo cual no le impide cambiar su voluntad en cualquier momento otorgando un nuevo testamento⁶. Dado que el acto particional *inter vivos* es esencialmente revocable, al igual que el testamento al que esté vinculado, no se trataría en propiedad de un pacto sucesorio excepcionalmente admitido por el artículo 1271.2 CC, si bien la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de otras excepciones en el seno del propio Código Civil⁷. En cambio, sí entrarían dentro de la citada regla prohibitiva, con carácter general, los negocios jurídicos que tengan por finalidad dejar ordenada de una forma determinada la sucesión futura de una persona, en cuanto limitan el poder de disposición *mortis causa* del causante, ya que lo pactado sería vinculante para los intervinientes y no podría revocarse⁸.

Pues bien, tomando como punto de partida la regla del Código Civil que prohíbe los pactos sucesorios⁹, trataremos de analizar en qué medida los acuerdos que pueden establecer los socios para

⁶ Vid. Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 533; Lacruz Berdejo, J.L., y SANCHO REBULLIDA F., *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 405.

⁷ Así, se consideran pactos admitidos actualmente en el Código Civil, la promesa de mejorar o no mejorar (art. 826 CC), la mejora irrevocable realizada a través de capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero (art. 827 CC); y las donaciones de bienes futuros por razón de matrimonio (art. 1341.II CC). Sobre ello, vid. GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., «Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., pp. 1272-1278; la jurisprudencia parece admitir también la licitud de los pactos de atribución particular, si bien el alcance de esta excepción es poco claro, al respecto, REQUEIXO SOUTO, X.M., «Pactos de atribución particular *post mortem*. Ámbito del artículo 1271, ap. 2.º del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, Fasc. IV, 2012, pp. 1749-1751.

⁸ La doctrina suele distinguir los siguientes tipos de pactos sucesorios: pacto adquisitivo, de *succedendo* o pacto institutivo; pacto de *non succedendo* o pacto renunciativo, y pacto sobre la herencia de un tercero o pacto de *hereditate tertii*. Vid. GAS, F. J., «Pactos sucesorios», *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 1, 1953, pp. 314-323; y un estudio más completo y reciente, GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., «Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., pp. 1260-1261.

⁹ La situación es distinta en el ámbito de algunos Derechos civiles autonómicos que admiten, en mayor o menor medida, la sucesión contractual. Así, por ejemplo, en Cataluña, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, realiza modificaciones importantes en relación con los pactos sucesorios y la figura de los heredamientos. Sobre las modificaciones efectuadas en el Derecho de sucesiones catalán y la apuesta del legislador por los pactos sucesorios, vid. NAVAS NAVARRO, S., «Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, n.º 1, 2011, pp. 41-74; GINÉS CASTELLET, N., «Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación», *Actualidad Civil*, n.º 5, 2011; EGEA FERNÁNDEZ, J., «*El nou règim jurídic de la successió contractual*», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2009, pp. 9-58.

Por lo que se refiere a la sucesión contractual admitida en Galicia, vid. HERRERO OVIEDO, M., «Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., pp. 1286 y ss., que destacan que «la Ley de Derecho Civil de 14 de junio de 2006 continúa y ahonda más, el camino trazado ya por la primera Ley de Derecho Civil de 24 de mayo de 1995 reconociendo de forma más completa la sucesión pactada como una tercera forma de delación».

ordenar el destino *post mortem* de su parte en la relación societaria podrían o no considerarse un supuesto contrario a la regla del citado artículo 1271.2 CC. Debe indicarse que el presente estudio se circunscribe al ámbito de la sociedad civil, pues el análisis de los pactos sociales en las sociedades mercantiles plantea cuestiones y problemas concretos en relación a la continuidad de la empresa y el relevo generacional que requieren un estudio específico sobre el tema que no vamos a abordar aquí¹⁰.

Una de las figuras de pactos sucesorios que expresamente se regulan en el Derecho Civil de Galicia desde la Ley 4/1995, concretamente el apartamiento sucesorio, es analizada ampliamente por GARCÍA RUBIO, M.^a P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 2000, pp. 1397-1481, destacando la autora que «supone un genuino pacto de *non succedendo*, que viene a significar una renuncia anticipada a la legítima futura por el apartado, a cambio de una atribución que recibe de presente del apartante. Es pues, un pacto que contradice abiertamente el principio prohibitivo de los negocios de disposición sobre la legítima futura del artículo 816 del CC, y que sitúa en la línea de los actos de renuncia anticipada de los derechos legitimarios que, con una u otra extensión, se repiten en prácticamente todos los Derechos de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio».

En Aragón, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, incluye la regulación de la sucesión paccionada en los artículos 377-404. También en Baleares, cabe destacar la regulación de los pactos sucesorios en la Compilación del Derecho civil de Baleares, modificada por Ley 8/1990, de 28 de junio y Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido. *Vid.* FERRER VANRELL, M.^a P., «Los protocolos familiares y la Ley Balear 22/2006, de 19 de diciembre, como factores determinantes del resurgir de los pactos sucesorios», *Actualidad Civil*, n.º 12, 2009, pp. 1375 y ss. Igualmente cabe destacar la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, que regula los pactos sucesorios, a título universal o particular, en los artículos 74 a 83. Sobre el tema, *vid.* IMAZ ZUBIAUR, L., «Pactos sucesorios en el País Vasco», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, SOLÉ RESINA, J., y GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C. (Coord.), vol. 1, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1471-1498, autora también de la previa y completa monografía, *La sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco*, Marcial Pons, La Notaria, Madrid-Barcelona, 2006.

¹⁰ En este sentido, cabe apuntar que tanto el Código de Comercio como el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Sociedades de Capital, prevén disposiciones que regulan el destino de las participaciones sociales y de las acciones en caso de fallecimiento de cualquiera de los socios. Especial interés presenta la transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales en el ámbito de la empresa familiar, pues en este tipo de sociedades la continuidad de la empresa y el relevo generacional continúa siendo uno de sus principales retos. Sobre esta cuestión, *vid.* VICENT CHULIÁ, F., «Protocolo familiar, organización jurídica y relevo generacional de la empresa familiar», en *La empresa familiar y su relevo generacional*, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2011; Fernández-Tresguerres, A., *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*, Thomson-Aranzadi, 2008; FUENTES MARTÍNEZ, J. J., «La conservación y la continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria *ultra vires*. Algunas propuestas de reforma», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Serrano de Nicolás, N. (Coord.), Bosch, Barcelona, 2005; HUERTA TRÓLEZ, A., «La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 50, 2004, pp. 93-138; ALONSO ESPINOSA, F. J., «Comentario al artículo 32», en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, I. Arroyo y J. M. Embid (Coord.), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 366-375; BARBA DE VEGA, J., «Comentario al artículo 32», en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 288-290; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La participa-*

2. LA INFLUENCIA DEL *INTUITUS PERSONAE* EN LA SOCIEDAD CIVIL. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD POR LA MUERTE DE UN SOCIO

Es común afirmar que la sociedad civil es una típica sociedad personalista¹¹, carácter que también está presente en determinadas formas societarias del ámbito mercantil¹², y que obedece principalmente a la relevancia que se otorga a las cualidades personales de los socios cuando se toma la decisión de constituir la sociedad y se elige a sus miembros¹³, dado que la composición del grupo se basa princi-

ciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 472 y ss.

¹¹ Así lo ponen de relieve, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1986, p. 389; GARCÍA MÁZ, F. J., «La sociedad civil», en *Instituciones de Derecho Privado*, vol. 6, t. I, DELGADO DE MIGUEL, J.F. (Coordinador), Civitas, Madrid, 2003, pp.195-286, que realiza un amplio estudio sobre la sociedad civil; CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 1665 y 1666 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. (Dir.), t. XXI, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1986, p. 11; QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C., «El futuro de la sociedad civil como instrumento de gestión de un patrimonio», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I., SERRANO DE NICOLÁS, A. (Coord.), Bosch, Barcelona, 2005, pp. 290 y ss.; DE MARINO, R., «El legado de la cualidad de socio», *Revista de Derecho Privado*, 1984, p. 1070; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «Comentario al artículo 1665 CC», en *Código Civil Comentado*, vol. IV, CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dir.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 627-633; CRESPO ALLUÉ, F., «Comentario al artículo 1704 CC», en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1839; SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003, p. 205.

¹² En el ámbito mercantil se consideran sociedades de personas la sociedad colectiva (arts. 125 y ss.), y la sociedad comanditaria simple (arts. 145 y ss., del Código de Comercio). En relación a las sociedades de personas, PAZ-ARES, C., «La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad»; en *Curso de Derecho Mercantil*, URÍA, R., y MENÉNDEZ, A., 2.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 524, afirma que «el *intuitus personae* representa el presupuesto básico tanto en la génesis como en el funcionamiento de la sociedad y explica los rasgos básicos de su configuración jurídica (...)». En relación a la sociedad de responsabilidad limitada familiar, *vid.* FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, A., *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*, cit., p. 31, afirma que «la trascendencia de la muerte del socio en la sociedad de capital cerrada, normalmente familiar, imbuída de un fuerte *intuitus personae*, impide que la cualidad de socio sea fungible».

¹³ *Vid.* QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C., «El futuro de la sociedad civil como instrumento de gestión de un patrimonio», cit., pp. 290-291, quien destaca que «el contrato de sociedad civil es *intuitus personae*, lo que presupone que cada socio tiene interés en que la sociedad continúe su actividad mientras no se alteren las circunstancias personales de los demás socios. Esto es así por dos razones básicamente: 1.ª la sociedad civil es una institución jurídica pensada para desarrollar en común una actividad para la cual se consideran relevantes las cualidades personales de los partícipes; 2.ª porque a cada socio le pueden ser atribuidas las facultades de administrar y representar a la sociedad y, por tanto, en ese caso ostenta cada uno el poder de obligar a sus compañeros ilimitadamente. La posibilidad de que las decisiones de los socios tengan graves consecuencias entraña necesariamente la preexistencia de una relación de confianza que justifique tan amplias facultades».

Otro criterio mas novedoso es el que propone ALFARO AGUILA-REAL, J., «¿Qué distingue a una sociedad de personas de una sociedad de estructura corporativa?», en

palmente en la relación de confianza recíproca que ha de existir entre sus integrantes¹⁴. Teniendo en cuenta la especial configuración de la sociedad civil es lógico que su funcionamiento pueda verse alterado por hechos o vicisitudes personales de cierta gravedad, entre los cuales se encuentra el fallecimiento de un socio que, junto a otras causas, determinan la disolución de la sociedad o facultan a los socios para pedirla *ex* artículo 1700.3.º CC¹⁵. Y ello porque se considera que, en caso de muerte de un socio, es posible que los demás miembros de la sociedad ya no tengan interés en continuar unidos por el vínculo societario ni tampoco quieran aceptar a otra persona que ocupe la posición jurídica del socio premuerto¹⁶.

Por consiguiente, la disolución de la sociedad por esta causa responde al intenso carácter personal que determina la configuración de

<http://derechomercantiles.espana.blogspot.com>, publicado el 21 de agosto de 2013, al apuntar la complejidad de la estructura del grupo para distinguir una sociedad de personas (como la sociedad civil o la sociedad colectiva), de una sociedad de estructura corporativa (como la sociedad anónima o la sociedad de responsabilidad limitada). El autor recuerda que ambos tipos «comparten los elementos fundamentales de toda sociedad», pero sostiene que «la diferencia entre un grupo y un organismo es la especialización de funciones. En las sociedades –grupo– las decisiones colectivas se asignan al grupo. Todos los miembros participan en medida igual en la adopción de las decisiones. En el organismo hay especialización en la toma y gestión de las decisiones. Estos se asignan a órganos, es decir, a sujetos determinados dentro de la agrupación que adquieren las facultades y los deberes correspondientes cuando son elegidos para ocupar el órgano. Por tanto, la distinción más radical y exacta entre una sociedad de personas y una sociedad de estructura corporativa es la que se basa en la distinción de funciones y la atribución de competencias a individuos dentro del grupo para que desarrollen esas funciones. Esta distinción explica las diferencias de régimen jurídico entre sociedades de personas y sociedades de estructura corporativa y constituye un valioso auxilio para determinar si las reglas de la parte general de sociedades deben aplicarse a las sociedades anónimas o limitadas y si la de estas deben aplicarse a las sociedades de personas».

¹⁴ A juicio de CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. (Dir.), t. XXI, vol. 1, EDESA, Madrid, 1986, p. 644, se trata de una relación «sensible particularmente a las vicisitudes por las que atraviesan los socios, hasta el punto de provocar la relajación de los vínculos obligatorios si tales vicisitudes revisten extremos de gravedad. Por ello, también se suele indicar que la relación social es una relación de confianza, de manera que esa confianza puede alterarse o perderse ante vicisitudes que afecten a los socios personalmente. Como la vicisitud más definitiva y trascendente que puede afectar a los socios, con relevancia frente a sus compañeros, es la muerte, es lógica consecuencia que se ordene la disolución de la sociedad cuando sobreviene el luctuoso acontecimiento».

¹⁵ Además del fallecimiento, la insolvencia, la incapacitación o la declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios, todas ellas recogidas en el número 3.º del artículo 1700 CC; esta norma prevé también otras causas de extinción de la sociedad: «1.º Cuando expira el término por el que fue constituida; 2.º Cuando se pierde la cosa, o se termina el negocio que le sirve de objeto; 4.º Por la voluntad de cualquiera de los socios (...)». Para las sociedades colectivas y en comandita, el artículo 222.1.ª CC dispone que se disolverán por «la muerte de uno de los socios colectivos (...)».

¹⁶ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II*, cit., p. 389; CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., pp. 645-646. Sin embargo, QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C., «El futuro de la sociedad civil como instrumento de gestión de un patrimonio», cit., pp. 290-307, estima que «deben dejar de ser causas legales de disolución total de la sociedad civil todas aquellas que puedan operar como causas de disolución parcial»; entre tales causas menciona la «de la muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios».

la sociedad civil¹⁷. Sin embargo, ya durante la vigencia del Derecho romano, la influencia del *intuitus personae* en la relación social comienza a debilitarse por la presión de las necesidades surgidas en la práctica, que forzaron la modificación del riguroso principio de disolución para admitir determinados pactos que favorecieran la continuidad de la empresa¹⁸. Así, durante esta etapa se llegó a reconocer la validez del pacto por el que, en caso de muerte de un socio, la sociedad continuaría con los socios sobrevivientes¹⁹; por el contrario, quedaba prohibido el pacto de continuación con los herederos.

Durante el proceso de codificación, los primeros Códigos Civiles de los países de nuestro entorno, como Francia o Italia, siguieron el criterio tradicional de considerar la muerte del socio como causa de disolución de la sociedad²⁰, aunque al mismo tiempo se admitían también determinados pactos sociales para favorecer la continuidad de la empresa²¹. Ya en una fase posterior, se tiende en estos países a disociar el *intuitus personae* de la pervivencia de la sociedad civil²², de modo que el fallecimiento de un socio no se prevé como causa de disolución de la sociedad. Así, por ejemplo, el Código Civil italiano prevé en su artículo 2284 lo que se ha llamado «cláusula de la triple opción»²³, en cuya virtud, salvo disposición contraria, en caso de muerte de un socio la sociedad continúa entre los sobrevivientes, debiendo éstos liquidar la cuota del causante a los herederos; pero también se admite que los socios puedan establecer mediante pacto la disolución de la sociedad o la continuación de la misma con los herederos del socio causante²⁴. En consecuencia, la muerte de un

¹⁷ En este sentido, Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1995, p.532, afirma que el carácter personal es «consustancial con la sociedad civil».

¹⁸ GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976, pp. 639-640.

¹⁹ Digesto 17, 2, 65, 9. Vid. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 9.ª ed. revisada, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, pp. 547-548.

²⁰ Así, el *Code Civil* francés de 1804 lo establecía en su artículo 1865; y en Italia, el artículo 1729 del Código Civil de 1865.

²¹ Vid. PLANIOL, M., y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil français*, 2.ª ed., t. XI, *Contrats Civils*, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, París, 1955, p. 333; AUBRY & RAU, *Droit Civil Français*, 7.ª d., t. VI, Librairies Techniques, París, 1975, pp. 64-66.

²² En este sentido, CATALA, P., «Le sort des parts sociales au décès de l'associé», cit., p. 60.

²³ Es la denominación que utiliza GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, cit., pp. 643-644, pues en su opinión «han confluído en la fórmula italiana, de una parte, la acogida del principio de conservación de la empresa, evitando que las vicisitudes de la figura jurídica –la sociedad– originen una liquidación de aquélla, y de otra, en un plano dogmático, la recepción legislativa del concepto de contrato plurilateral, que ha permitido llevar a exclusión o separación de socios viejas causas de disolución, esto es, a que el hecho o el vicio inficcionen sólo a la relación socio-sociedad afectada y no a la sociedad toda (salvo, siempre, que la relación de que se trate sea esencial para la subsistencia de aquélla)».

²⁴ Vid. GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, vol. III, Cedam, Milán, 2009, pp. 350-359; AULETTA, G., «Clausole di continuazione della società coll'erede del socio

socio ya no se contempla como una causa de disolución de la sociedad que opera *ipso iure*, siendo preciso un acuerdo societario que expresamente así lo establezca.

En esta misma línea se sitúa el Derecho francés, pues según la redacción actual del artículo 1870 del *Code Civil*²⁵ «la sociedad no se disuelve por la muerte de un socio, sino que continúa con sus herederos o legatarios, siempre que los estatutos prevean que éstos hayan de ser aceptados por los socios». Sin embargo, la misma norma añade que «puede convenirse que esa muerte produzca la disolución de la sociedad o que ésta continúe con los socios sobrevivientes».

En nuestro ordenamiento jurídico, como se indicó anteriormente, la influencia del *intuitus personae* en la sociedad civil se manifiesta claramente en el artículo 1700.3.º CC, cuando dispone que la muerte de un socio es causa de disolución de la sociedad²⁶. Teniendo en cuenta el carácter personal que se atribuye a la condición de socio, el fallecimiento del titular produce la extinción de esa posición jurídica y, por tanto, no forma parte de la herencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 659 CC²⁷. Pero la intransmisibilidad *post mortem* de la condición de socio²⁸ no afecta al contenido económico que representa la participación social, la cual sí se transmite al sucesor o sucesores del socio fallecido²⁹. Ello

personalmente responsable», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1951, pp. 801-937.

²⁵ Redacción que procede de la Ley n.º 78-9, de 4 de enero de 1978, que modifica las disposiciones del Título IX del Libro III del *Code Civil*, que regulan el contrato de sociedad (publicada el 5 de enero de 1978 en el Diario Oficial de la República Francesa). Sobre la modificación legal operada en la regulación del contrato de sociedad, *vid.* HUBRECHT, G., VERMELLE, G., *Droit Civil*, Dalloz, París, 1993, pp. 171-173; RIPERT, G. y ROBLOT, R., *Les sociétés commerciales*, GERMAIN (Director), 19.ª ed., Lextenso editions, t. 1, vol. 2, París, 2009, pp. 163-165.

²⁶ Parece claro que la declaración de fallecimiento se equipara a la muerte y, por tanto, ha de considerarse causa de disolución; no sucede lo mismo en el caso de la declaración de ausencia legal, como señalan DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, cit., p. 533; PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1492.

²⁷ Según el cual «La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte».

²⁸ A juicio de CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 648, «la intransmisibilidad *mortis causa* de la condición de socio y la disolución de la sociedad por fallecimiento de cualquiera de los socios son consecuencia de una doble causa: el juego del *intuitus personae* y el carácter personal de la condición de socio, estando presentes los intereses de los consocios y de los herederos del fallecido».

²⁹ En el caso de que la condición de socio sea heredada por varios herederos, dado que la sociedad se encuentra en fase de liquidación, la doctrina considera que la participación del socio causante, como parte integrante de la herencia, «permanece indivisa y de titularidad común de los herederos». En este sentido se expresa GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., p. 646, nota 14. Y en la misma línea, PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1493, sostiene que «la pluralidad de herederos han de actuar unificada y unitariamente frente a la sociedad: o todos conjuntamente o a través de representante».

implica que, con carácter previo, la sociedad debe disolverse, lo que permitirá la apertura del proceso de liquidación y partición del fondo social³⁰, durante el cual intervienen los demás socios y los interesados en la sucesión, esto es, el heredero o herederos que suceden en común al causante «en su condición de socio de sociedad en liquidación»³¹ y, en su caso, el legatario favorecido con la participación del fallecido.

La disolución de la sociedad por el fallecimiento de un socio opera de forma automática³², desde que se produce el fallecimiento del socio³³, si bien cualquiera de los socios o los herederos del causante están legitimados para pedir que se decrete judicialmente; también, en su caso, el legatario favorecido. Sin embargo, puede suceder que después de la muerte del socio la sociedad continúe desarrollando las actividades sociales, sin que ninguno de los interesados (los demás socios o los sucesores del causante) promueva inmediatamente la disolución³⁴. En esos casos, cuando se produce esa continuación fáctica de la actividad social hasta que uno de los interesados insta la disolución, los tribunales consideran que se trata de una prórroga efectiva del

³⁰ Sobre este tema, CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 648; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «Comentario al artículo 1704 CC», *Código Civil Comentado*, vol. IV, CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., y VALPUERTA FERNÁNDEZ, R. (Dir.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 742-743.

³¹ Así lo considera GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, cit., p. 646. En esta misma línea, PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1493, subraya que en esa situación al heredero «le competen no sólo los derechos patrimoniales, sino también los derechos administrativos. Esta construcción no puede invalidarse apelando a la intransmisibilidad de la parte de socio (art. 1696), puesto que dicha intransmisibilidad sólo puede predicarse, en el modelo legal, respecto de la parte de socio en la sociedad en explotación, pero no en la sociedad en liquidación, en la que decaen los aspectos personalísimos».

³² Conviene precisar, no obstante, que el carácter automático de esta causa de disolución no ha sido una cuestión pacífica. Mientras que la RDGRN de 22 de julio de 1940 (RJ 1940, 776) estima que la muerte constituye causa de disolución que opera *ipso iure*, otras Resoluciones posteriores, por ejemplo las RRDGRN de 9 de febrero de 1943 (RJ 1943, 264) y 22 de noviembre de 1957 (RJ 1957, 3386), han mantenido la posición contraria. Sin embargo, la STS de 18 de diciembre de 1970 (RJ 1970, 5598), se pronuncia en el sentido de admitir el carácter automático.

³³ Como explica CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 649, el carácter automático de esta causa de disolución «significa solamente que el supuesto de hecho que la provoca no requiere de la intervención de nadie, originándolo el mero hecho del fallecimiento del socio».

³⁴ Si esa continuación tácita de la actividad social se produce con el consentimiento de los socios sobrevivientes y de los herederos del socio premuerto, se trata, en opinión de GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., p. 645, de un «acuerdo de reactivación de la sociedad en fase de liquidación, deteniendo el proceso liquidatorio y haciendo entrar a la sociedad en normalidad de vida. Este acuerdo ha de ser unánime y parece que debe requerir el consentimiento de los herederos del fallecido». En esta línea, también se expresan CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 651; PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1493.

negocio o continuidad comercial³⁵ como sociedad de hecho³⁶, por lo que no parece razonable que la liquidación deba retrotraerse a la fecha del fallecimiento del socio sino a la fecha en que efectivamente cesó la actividad social.

En última instancia, la disolución de la sociedad como consecuencia del fallecimiento de algún socio puede evitarse si los socios tienen el interés común de garantizar, frente a tal circunstancia, la continuidad de la relación social. En efecto, la estructura personalista que caracteriza a la sociedad no constituye, como puntualiza algún autor³⁷, «un límite inmanente a la libertad contractual», en cuanto los socios tienen la posibilidad de pactar en la escritura social que la sociedad continúe desarrollando su actividad en caso de fallecimiento de un socio. En este sentido, el artículo 1704 CC admite dos modalidades de pacto: de un lado, el pacto de continuación entre los socios que sobrevivan; y de otro, el pacto de continuación con los herederos del socio fallecido.

3. PACTOS DE CONTINUACIÓN DE LA SOCIEDAD TRAS EL FALLECIMIENTO DE UN SOCIO

3.1 PACTO DE CONTINUACIÓN ENTRE LOS SOCIOS SOBREVIVIENTES

Como se indicó anteriormente, desde antiguo se viene admitiendo que el fallecimiento de un socio no constituya causa de disolución de la sociedad si se pacta previamente que ésta continuará entre los socios sobrevivientes³⁸. Durante el proceso de codifica-

³⁵ En este sentido se pronuncian la STS de 21 de junio de 1998 (RJ 1998, 4906) y la SAP de Barcelona de 21 de septiembre de 2005 (JUR 2009, 84938). Por contra, la STS de 29 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7486), declara que «faltando el pacto de continuación, la concurrencia de una causa de disolución provoca la extinción de la sociedad, aunque, de hecho, haya permanecido el estado de cosas hasta entonces existente, sin oposición de nadie, como fenómeno de pura inercia, que ni autoriza a pensar, dada la insensibilidad del Código a la continuidad sin pacto, en una prórroga tácita –que más bien sería una nueva sociedad (...), ni afectar a la facultad del partícipe sobreviviente de instar ante la actitud pasiva de los sucesores del fallecido, la declaración judicial de la concurrencia de la causa de disolución...».

³⁶ Se suele atribuir el calificativo de sociedad de hecho o sociedad irregular a las sociedades que menciona el artículo 1669 CC, o sea, aquellas cuyos pactos se mantengan en secreto entre los socios, así como a las sociedades cuyos defectos formales les impidan alcanzar la plenitud de efectos, *vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II*, cit., p. 398; GARCÍA MÁZ, J., «La sociedad civil», cit., pp. 266-268.

³⁷ En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Asociación y sociedad. (A propósito de una errata del Código Civil)», *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 1993, p. 47.

³⁸ Este pacto admitido en el Derecho romano se reproduce en la Ley 10, tít. 10 de la Partida 5.^a *Vid.* MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. XI, Reus, Madrid, 1931, p. 358.

ción se sigue fiel a este criterio y los países de nuestro entorno reconocen la validez del pacto en los primeros Códigos Civiles de la época³⁹. En el caso de España son conocidas las dificultades en culminar los trabajos para promulgar un Código Civil, pero ya en uno de sus Proyectos más relevantes, el de 1851, que se inspira en el Código Civil francés, se da cobertura legal al pacto de continuación de la sociedad en caso de fallecimiento de un socio⁴⁰. Con todo, fue el Código de Comercio de 1829 seguido, más tarde, por el de 1885, el primer texto legal que recoge expresamente la posibilidad de que la escritura social incluya un pacto de continuación de la sociedad, dentro del régimen jurídico de las sociedades colectivas y en comandita⁴¹, evitando así su disolución por la muerte de uno de los socios.

Con estos precedentes, el Código Civil de 1889 contempla en la regulación del contrato de sociedad civil la posibilidad de que los socios acuerden la continuidad entre los socios sobrevivientes. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1704.1 CC, «Es válido el pacto de que, en el caso de morir uno de los socios, continúe la sociedad entre los que sobrevivan. En este caso el heredero del que haya fallecido sólo tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día».

Del texto de la norma se deduce que los socios disponen de un amplio margen de autonomía para configurar el contenido del pacto, por lo que sería posible acordar la continuación de la sociedad en caso de muerte de cualquier socio o sólo en caso de fallecimiento de determinados socios, pero no de otros, o, incluso, que se prevea la continuación de la sociedad únicamente si sobreviven

³⁹ Es común destacar que por la influencia de Pothier, el pacto se incorpora al artículo 1868 Código Civil francés de 1804. Vid. POTHIER, *Tratado de la Locación*, traducido al español, Imprenta y Litografía de J., Roger, Barcelona, 1841, pp. 67-68. Asimismo, se reconoce también la validez del pacto en el artículo 1732 del Código Civil italiano de 1865 y en el artículo 1277 del Código Civil portugués de 1867.

⁴⁰ El artículo 1597 del Proyecto de Código Civil de 1851, disponía en su primer párrafo que: «El pacto de que la sociedad ha de continuar sin embargo de la muerte de uno de los socios, es válido para los socios sobrevivientes, y el heredero no tendrá derecho sino a que se haga la partición fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, si no en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo que se hubiere hecho antes de aquel día». Vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852, Universidad de Zaragoza, 1974, p. 835.

⁴¹ En efecto, antes de la aprobación del Código Civil, el Código de Comercio español, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885, establecía en su artículo 222.1.^a para las sociedades colectivas y en comandita, que la muerte de uno de los socios es causa de disolución de la sociedad, aunque este efecto puede evitarse si la escritura social contiene un pacto expreso de continuar la sociedad entre los socios sobrevivientes.

determinados socios⁴². En suma, tratándose de una relación jurídica *intuitus personae*, es posible que la presencia y participación de determinados socios pueda resultar más importante que la de otros en el funcionamiento de la sociedad, por lo que parece razonable entender que, al amparo de la libertad contractual, el pacto en cuestión admite las modulaciones oportunas⁴³.

Desde esta perspectiva, la doctrina admite que el pacto se configure con carácter facultativo y no como obligatorio⁴⁴; de ese modo, los socios sobrevivientes tendrían la facultad de decidir, en el momento de la muerte del socio y en función de las circunstancias concurrentes, la posible continuación de la sociedad⁴⁵ o bien optar por su disolución. En efecto, si el pacto se limita a disponer que, en caso de muerte, la sociedad continuará entre los sobrevivientes y se liquidará a los herederos la parte del socio fallecido, nada impide que los socios opten por disolver la sociedad si no desean la continuación de la misma porque, como subraya la STS de 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 3988)⁴⁶, «ha de tenerse en cuenta que los socios tienen todo el derecho a acordar su disolución, no queda en absoluto anulado o mermado el contenido de su *status* de

⁴² En opinión de GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, p.647, «Tanto si se juzga existir una renuncia a la regla de igualdad de tratamiento de los socios como –lo que parece más exacto– si se trata de trato equitativo de la distinta relevancia de cada socio, la libertad contractual debe aplicarse». También admite esta posibilidad en la configuración del pacto, CAPILLA RONCERO, C., «Comentario al artículo 1704», cit., p. 653; PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1501; y más recientemente, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 744.

⁴³ Así, por ejemplo, en el litigio resuelto en la STS de 5 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1199), el pacto suscrito por los socios de una sociedad de responsabilidad limitada contenía una declaración genérica de que la muerte o incapacidad de alguno de los socios no produciría la disolución de la sociedad; y a continuación, se contemplaban dos supuestos distintos en su configuración y contenido: «A) el de que, si falleciese don Fernando D.V., la sociedad continuará entre los sobrevivientes y el heredero o legatario del fallecido que ostente la condición de socio; y B) que, caso de fallecimiento o incapacidad de don Fernando D.P. o don Eduardo D.V., la sociedad continuará sólo entre los sobrevivientes o restantes socios, que deberán adquirir dentro del plazo de seis meses las participaciones sociales del fallecido (...)».

⁴⁴ Se admiten ambas posibilidades en la configuración del pacto, entre otros, *vid.*, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., p. 647; CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 653; PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1501.

⁴⁵ *Vid.* GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, t. I, Madrid, 1976, p. 647, sostiene la admisibilidad de la cláusula facultativa de continuación y considera que «la fórmula de decisión habría de ser la unanimidad, de no preverse en la cláusula que sea la mayoría o se atribuya a algunos o alguno de los socios».

⁴⁶ En este caso la cuestión litigiosa se centraba en la valoración del fondo de comercio que la actora reclamaba. El problema se planteó cuando los socios sobrevivientes presentaron a la viuda del socio fallecido el documento de disolución y de liquidación de la sociedad, y ella no lo acepta porque no se le daba la parte del fondo de comercio de la sociedad. La actora solicitaba que se condenara a los demandados a abonar la tercera parte del valor de ese fondo de comercio y asimismo a abonar la cantidad de 288.000 pesetas que correspondían a la valoración efectuada por los socios del mobiliario y enseres de la sociedad.

socio». En el caso enjuiciado, se había pactado en el documento constitutivo de la sociedad que, en caso de fallecimiento, se procedería a valorar la parte social del fallecido y abonar la cuantía resultante a los herederos de éste. Se trataba, como subraya el Tribunal, de «la admisión por pacto de la continuación de la sociedad entre los sobrevivientes, y la liquidación a los herederos de la parte del socio fallecido, lo que es admisible de acuerdo con el artículo 1704 CC. Pero ello no impide que los sobrevivientes quieran disolver la sociedad, que es lo que ha ocurrido en este caso».

Cualquiera que sea la amplitud y configuración del pacto⁴⁷, el heredero del socio fallecido «sólo tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante», tal y como dispone el primer apartado del artículo 1704 CC, lo que se interpreta en el sentido de que deberá realizarse una partición de modo figurado⁴⁸, con el objeto de liquidar al heredero el valor económico de la cuota que correspondía al causante; lo mismo sucederá en el caso de que el causante hubiese dispuesto en testamento la atribución a título de legado de su participación social. En todo caso, para cumplir con ese objetivo es fundamental el momento de la muerte del socio, porque marca el nacimiento del derecho que tiene el heredero a exigir la partición⁴⁹ y, además, es la fecha que se toma como referencia para valorar la participación social del causante; pero también porque permite determinar la responsabilidad hereditaria, ya que el heredero respondería únicamente de su parte en las deudas sociales contraídas con anterioridad a ese momento⁵⁰.

Llegados a este punto debemos referirnos a una de las cuestiones más controvertidas que tradicionalmente ha venido planteando el pacto de continuación de la sociedad entre los socios sobrevi-

⁴⁷ Es curioso el caso enjuiciado en la STS de 29 de enero de 1965, pues los socios habían concertado un contrato de sociedad en el que se contenía un pacto en cuya virtud, al fallecer cualquiera de los socios, la sociedad continuaría entre los sobrevivientes, aunque se les concedía la facultad de optar por la continuación con los herederos del socio causante. Pues bien, al fallecer uno de los socios la sociedad había continuado funcionando con toda regularidad durante más de un año con los socios sobrevivientes y con los herederos del socio premuerto, por lo que el Tribunal consideró improcedente la pretensión de los actores de excluir a los herederos cuando ya había transcurrido tanto tiempo, dado que la elección se había efectuado tácitamente a favor de la continuidad de la sociedad con todos. Vid. Díez-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1981, pp. 133-136.

⁴⁸ En este sentido, Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, cit., p. 475.

⁴⁹ Se admite la posibilidad de establecer pactos de aplazamiento o pago diferido a los herederos de la participación social del causante; en este sentido, CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 655; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 746.

⁵⁰ Recuérdese que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1704 CC el heredero «no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día».

vientes: su posible contradicción con la regla general que prohíbe la sucesión contractual (*ex art. 1271.2 CC*). Aunque algún autor estima que estamos ante un pacto sucesorio, considera también que al tratarse de un pacto que tiene por finalidad la continuación de la sociedad puede admitirse como una excepción a la regla prohibitiva⁵¹. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclina por considerar que no estamos ante un pacto sucesorio, dado que se respeta el derecho de los sucesores al contenido económico de la participación social del causante y no hay propiamente sucesión de los demás socios en la parte vacante⁵², si bien como consecuencia de la modificación en la composición del grupo se produce un reajuste y, por ende, un aumento de las participaciones sociales de los supervivientes. En efecto, parece razonable entender que el derecho a la partición o liquidación parcial que el artículo 1704.1 CC reconoce a los sucesores del socio causante es lo que permite que el pacto social no viole la regla prohibitiva del artículo 1271.2 CC, por lo que tal vez podría tratarse de una forma de confirmar el principio general que prohíbe la sucesión contractual.

Por otra parte, el contenido económico de la participación social que han de recibir los sucesores del socio fallecido plantea varias cuestiones que el artículo 1704 CC no aclara. En primer lugar, la norma no precisa cómo debe hacerse efectivo el valor económico de la participación social del fallecido, esto es, si sería posible una liquidación en metálico o si los herederos tienen derecho a recibir la participación *in natura*. En este punto, en relación a las sociedades mercantiles, la doctrina defiende que la liquidación a los herederos debe satisfacerse en metálico, teniendo en cuenta los problemas que podría suponer para la sociedad un reparto *in natura* de las aportaciones realizadas en propiedad⁵³. Tratándose de sociedades civiles, no hay inconveniente en admitir que si lo

⁵¹ En este sentido, CANO, F., «Pactos sobre sucesiones futuras y pactos sociales», *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, 1957, p. 390, sostiene que «se trata de un negocio jurídico, cuyas cláusulas, al establecer una restitución fijada *a priori* y valorada a tanto alzado, tienen como objeto bienes que se aprecian como herencia futura, por operar la cláusula una vez fallecida una de las partes. Además el rescate a tanto alzado afecta directamente a los derechos sucesorios de los herederos, y ese pacto se hace en vida de su causante. Pero como la finalidad de la continuación de la sociedad puede exigir este pacto, el artículo 1704 lo vuelve lícito, salvando así el obstáculo del artículo 1271 y constituyendo por ello una excepción al mismo».

⁵² En este sentido, *vid.* CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 652; LACRUZ BERDEJO, J.L., y SANCHO REBULLIDA F., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, cit., p. 406.

⁵³ *Vid.* GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., p. 648, en relación a las sociedades mercantiles afirma que, «salvo las aportaciones de uso para las que procede la devolución, se deberá, en principio, cuota de liquidación de la parte del socio y en metálico». En opinión de este autor «esta solución debiera también extenderse a las sociedades civiles», aunque reconoce las dificultades que suscita la expresión del artículo 1704 CC —«que se haga la partición»—.

acuerdan todos los socios la liquidación a favor de los herederos se efectúe en metálico⁵⁴. Pero, a falta de pacto, es cuestión controvertida si puede imponerse a los herederos esta forma de pago, ya que el artículo 1704 CC prevé que el heredero «sólo tendrá derecho a la partición», y el artículo 1708 CC se remite a las disposiciones sobre la partición de la herencia que determinan, con carácter general, una partición *in natura*⁵⁵, lo que en principio parece excluir la imposición del pago en metálico, razón por la que algún autor sostiene que la liquidación ha de realizarse en especie, salvo que se trate de cosas indivisibles o que desmerecen mucho con la división⁵⁶.

En mi opinión, aun cuando no exista un acuerdo de los socios sobre la forma de pago y pese a que la redacción de los artículos 1704 y 1708 CC podría hacer pensar que sólo se admite una partición *in natura*, estimo que sí podría imponerse a los herederos del socio fallecido una liquidación en metálico. De un lado, porque las reglas de la partición de la herencia han de aplicarse a la partición de la sociedad «con las debidas adaptaciones»⁵⁷; y de otro, porque si el pacto que admite el artículo 1704 CC tiene como finalidad asegurar la continuidad de la sociedad en caso de fallecimiento de algún

En la misma línea se pronuncian DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, vol. II, EDERSA, Madrid, 1978, p. 577, pues considera que «otra cosa podría representar la desintegración de la empresa social, que es, justamente, lo que trata de impedir este pacto».

⁵⁴ Vid. CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 654; PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», p. 1501. En opinión de BATLLE VÁZQUEZ, M., *Código Civil*, t. XXV, Vol. II, Reus, Madrid, 1971, p. 180, «de la voluntad expresa o presunta del socio fallecido puede resultar que, por lo menos en ciertos casos, los herederos tienen derecho a una liquidación y a una percepción de cantidad, pero no propiamente a una partición».

⁵⁵ De acuerdo con las reglas de la partición hereditaria, previstas en los artículos 1051 a 1087 CC, al practicarse la división de la herencia la cuota de cada heredero queda sustituida por bienes y derechos singulares, y según dispone el artículo 1061 CC en la partición «se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los herederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie», es decir, se debe proceder a formar los correspondientes lotes con los bienes del haber hereditario, y de acuerdo con criterios de razonable homogeneidad. Pero «cuando la cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su indivisión, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero».

⁵⁶ CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 655, afirma que en ese caso «cuando la partición implicara grave perjuicio para la sociedad, por suponer la privación a la misma de elementos patrimoniales importantes para continuar con el desarrollo de la actividad social, entonces no habría inconveniente en entender que el heredero del socio se ha de conformar con el valor de la participación social».

⁵⁷ En este sentido se expresa MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al artículo 1708», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 1937, quien opina que «puede pensarse igualmente en la aplicación de otras fuentes normativas. Así en la medida en que tienen por objeto la liquidación de patrimonios colectivos, cabe estimar aplicables, en lo que sean compatibles con la específica naturaleza de la sociedad civil y con las reglas de la partición hereditaria, las normas relativas a la liquidación de las sociedades mercantiles y a la liquidación de la sociedad de gananciales».

socio, es probable que la pretensión de un pago en especie ponga en riesgo ese objetivo⁵⁸.

En este punto es importante tener en cuenta el criterio adoptado en el Derecho francés respecto a la liquidación de la participación del socio causante, después de la modificación efectuada por la Ley de 24 de julio de 1966 en el antiguo artículo 1868 del *Code Civil*, porque, como observa Girón⁵⁹, dicho precepto «se ha orientado en el sentido de liquidación dineraria de la parte», acogiendo expresamente esta tendencia. Pues bien, dado que este precepto en su versión original es el antecedente del artículo 1704 CC, la solución adoptada en el Derecho francés permite reforzar la tesis favorable a considerar que la liquidación de la cuota del causante a los herederos, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 1704 CC, podría abonarse en metálico y no en especie. No obstante, y para superar las dudas existentes, tal vez sería conveniente una modificación legal también en esta norma del Código Civil español, pues quedaría resuelto el debate acerca de la forma de hacer efectiva a los sucesores la participación social del causante.

También con relación a la liquidación debida a los herederos, otra de las cuestiones que preocupaba en el Derecho francés se refería al criterio apropiado para calcular la valoración de la participación social del causante, pues en la práctica se admitían distintos sistemas de valoración que no siempre se correspondían con el justo valor⁶⁰. Por ese motivo, la ya citada Ley de 24 de julio de 1966 modificó la norma estableciendo con carácter obligatorio un sistema de valoración por expertos, de forma que la sociedad no tuviera ventajas en detrimento de los herederos⁶¹.

⁵⁸ En este sentido, CANO, F., «Pactos sobre sucesiones futuras y pactos sociales», cit., p. 390; BATLLE VÁZQUEZ, M., *Código Civil*, cit., p. 180; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, cit., p. 577; PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1502, al considerar que, «incluso a falta de pacto, podría imponerse el pago de la cuota de liquidación en metálico porque «esta es, en efecto, la solución que mejor se acomoda a la voluntad del causante, puesto que al suscribir la cláusula contractual de continuación de la sociedad entre los sobrevivientes, implícitamente manifestó su voluntad de garantizar la conservación de la empresa, que puede ser puesta en peligro con el pago en especie».

⁵⁹ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., p. 648.

⁶⁰ Como destacó en su momento CATALA, P., «Le sorts des parts sociales au décès de l'associé», cit., p. 64, se utilizaban diversas fórmulas de valoración que la Corte de casación admitía, tales como «estipular que la parte del fallecido se valorará por su valor nominal; estipular un valor fijo en vista a la cesión a los sobrevivientes; y la más común estipular que los derechos sociales serían evaluados por referencia al último inventario».

⁶¹ En efecto, dado que esos sistemas de valoración perjudicaban a los herederos, la citada Ley n.º 66-538 de 24 de julio de 1966 modificó la redacción del artículo 1868 CC francés en el sentido de establecer que «El valor de los derechos sociales será determinado a la fecha de la muerte por un experto designado entre aquellos inscritos en las listas de los tribunales, sea por las partes o sea en defecto de acuerdo entre ellas, por orden del presidente del tribunal de la forma establecida y sin recurso posible. Toda cláusula contraria es inoponible a los acreedores». En opinión de CATALA, P., «Le sorts des parts sociales au

Por lo que se refiere al ordenamiento español, el artículo 1704 CC no ofrece un criterio para la valoración y cálculo del importe de la liquidación, sólo indica que la valoración ha de efectuarse teniendo como referencia el día de la muerte del socio causante. En principio, parece claro que el heredero tiene derecho a obtener el valor real de la parte que correspondía al socio fallecido en el haber social. Sin embargo, ante la falta de un criterio legal sobre este punto, es cuestión controvertida si los socios podrían establecer pactos que fijaran un criterio de valoración distinto, por ejemplo, tomando como referencia el valor según el último balance de ejercicio, o el valor histórico-contable, o incluso, fijando una cantidad a tanto alzado. Para un sector doctrinal, este tipo de pactos sólo podrían admitirse si el criterio de valoración acordado no impide que los herederos reciban el valor real de la participación social⁶². Por el contrario, otros autores⁶³ consideran que los socios disponen de un amplio margen de autonomía privada que les permite configurar, como estimen oportuno, la valoración de su participación social para el caso de muerte de cualquier socio, por lo que defienden la validez de estas cláusulas, al amparo de la regla general de la libertad contractual, de modo que «por esta vía puede reducirse el valor de lo que se desembolsará a los herederos»⁶⁴.

décès de l'associé», cit., pp. 64-65, «la tendencia actual del derecho sucesorio moderno es a otorgar a los herederos justas compensaciones en valor, cuando son privados de los bienes que constituyen *in natura* el patrimonio del causante». Cabe señalar que, con posterioridad, la Ley n.º 78-9, de 4 de enero de 1978, relativa a la modificación del Título IX, del Libro III del Código Civil, reconoce en su artículo 1870-1 el derecho de los herederos o legatarios a recibir el valor de las participaciones sociales de su causante, y prevé que la valoración se realice de acuerdo con las condiciones previstas en el artículo 1843-4 CC.

⁶² Vid. DE LA CÁMARA, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, cit., p. 578; CANO, F., «Pactos sobre sucesiones futuras y pactos sociales», cit., p. 391. En opinión de CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., pp. 656-657, debe rechazarse el pacto «si ese medio de estimar el valor de la participación implica no tomar en consideración una parte importante del patrimonio social. Pues, en principio, el heredero del socio difunto tiene derecho al valor real de la participación de su causante, como se desprende del propio artículo 1704 (...). De acuerdo con ese criterio, el pacto que fije en un tanto alzado el valor de la participación de un socio, para el caso de su muerte, sólo será atendible cuando ese valor fijado se corresponda con el valor real de la participación en el momento en que se produzca el fallecimiento. De no ser así, el heredero podrá exigir que se efectúe la valoración real en dicho momento, sin quedar afectado por la cláusula en cuestión».

⁶³ Vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., p. 649; PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1502.

⁶⁴ En este sentido se expresa PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1502, pues a su juicio «rige, sin paliativos, la más absoluta libertad contractual. El contrato de sociedad puede fijar los criterios de valoración para el caso de muerte del socio que estime oportunos (valor histórico-contable, valor por referencia al último balance de ejercicio, un tanto alzado, etc). Este criterio es compartido por SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, cit., pp. 207-208, quien afirma que «En esta medida se estaría produciendo una disposición anticipada, aunque diferida al caso de muerte de una parte de la cuota de liquidación de cada socio en favor de los demás».

Aunque, en principio, cabe admitir que los socios pueden convenir un determinado criterio de valoración, no hay que perder de vista que el artículo 1704 CC reconoce el derecho de los herederos a recibir la liquidación que corresponda a la participación social del causante, por lo que el sistema de valoración convencionalmente establecido debe permitir una satisfacción económica adecuada; de lo contrario, parece evidente que el pacto sí podría vulnerar la regla que prohíbe los pactos sucesorios pues en la práctica tal acuerdo podría suponer la disposición a través de un contrato de una parte de la herencia. Así pues, no podría admitirse un pacto que establezca un sistema de valoración de las participaciones sociales para el caso de muerte si eso implica una diferencia sustancial entre el valor real de la cuota del causante y el valor asignado en virtud del criterio fijado por los socios⁶⁵.

Al hilo de lo que acaba de exponerse, hay que destacar la controversia doctrinal que ha generado la posibilidad de pactar que los herederos no reciban el contenido económico de la participación de su causante. Se trata de la conocida como cláusula tontina, en virtud de la cual los socios pactan que al fallecimiento de uno de ellos la sociedad continuará con los sobrevivientes, sin que los herederos del causante tengan derecho a obtener la liquidación correspondiente a su participación social, la cual acrece a la de los restantes socios⁶⁶. Algún autor defiende la validez de esta cláusula argumentando que la vinculación de los socios a la misma supondría una disposición anticipada, aunque diferida al momento de la muerte, que afectaría al valor de la cuota de cada socio a favor de los demás, por lo que se consideraría, en todo caso, una donación *inter vivos*⁶⁷. Pero la doctri-

⁶⁵ A juicio de CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 656, es inadmisibles la cláusula «cuando se produce un apartamiento notable del valor asignado respecto del valor real. En definitiva, el heredero del socio tiene derecho a obtener el íntegro contenido patrimonial de la participación social de su causante, o su íntegro valor».

⁶⁶ Sobre la llamada cláusula tontina, *vid.* NÚÑEZ IGLESIAS, A., «La práctica francesa del pacto de tontina entre coadquirentes: utilidad y posibilidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 685, 2004, pp. 2429-2448, que explica el origen de esta figura y su utilización posterior en diferentes negocios y operaciones que «participando de su esencia, tenían finalidad diversa». En este sentido, el autor cita como ejemplos «la denominada combinación tontina sobre la vida para auxilios a la vejez (...); una forma particular de ahorro y de crédito, también llamada tontina que se emplea en la actualidad en los países en desarrollo, especialmente en África y Asia, sobre la base de la formación de un fondo común del que se benefician los partícipes; la cláusula que puede insertarse en el contrato de sociedad por la que se prevé la continuación de la sociedad tras la muerte de un socio con los sobrevivientes (cláusula de liquidación) sin liquidar a los causahabientes del socio difunto su parte en el fondo social, la cual acrece a las de los demás socios; o, en fin, el pacto de tontina incorporado a la compraventa».

⁶⁷ Es la opinión de PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1502, quien considera que «las objeciones de que ha sido objeto (la referida cláusula) –es un pacto sucesorio prohibido por el artículo 1271 o, en el mejor de los casos, una donación *mortis causa* sometida al artículo 620–, pueden soslayarse sin dificultad, puesto que dicha cláusula expresa con claridad la voluntad actual de los socios de vincularse».

na mayoritaria⁶⁸ estima, con argumentos más sólidos y convincentes, que un pacto de esta naturaleza vulneraría tanto la prohibición de donación de bienes futuros (art. 635 CC), como la de realizar pactos sobre la herencia futura (art. 1271.2 CC), en la medida en que supondría disponer contractualmente de «una cuota sobre una masa patrimonial dinámica cuya concreta consistencia sólo queda determinada en el momento de su propia muerte»⁶⁹.

En efecto, creemos que la cláusula tontina vulnera claramente la regla prohibitiva de los pactos sucesorios, de un lado, porque sólo en el momento de efectuar la partición parcial podrá fijarse el valor de la cuota del socio fallecido, y de otro, porque implica que a través de un contrato quede ordenada, de una forma determinada, la sucesión *mortis causa* de las partes intervinientes, en cuanto impide que los herederos reciban el contenido económico de la parte que el socio causante tenía en el fondo social. Por otra parte, no hay razones que permitan pensar que este tipo de cláusula constituye una excepción a la regla general que prohíbe los pactos sucesorios, porque como observa Capilla⁷⁰, tal pacto «excede en mucho de la autorización de los pactos de continuación de la sociedad, que propiamente persiguen la continuidad de la sociedad, no autorizando a lo que exceda de esa estricta finalidad».

⁶⁸ Vid. CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 657; LACRUZ BERDEJO, J.L., y SANCHO REBULLIDA F., *Elementos de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, cit., p. 406, estiman que la distinción entre pactos sociales y pactos de sucesión futura «puede llegar a borrarse cuando la escritura fundacional regula la suerte de las participaciones sociales tras la defunción del socio; es decir, su atribución ulterior *mortis causa*, lo cual, en principio, cae bajo la prohibición del artículo 1271-2.º incluso la atribución de las partes sociales a los restantes socios, si es simple y sin correspectivo (cfr. artículo 1704.1 a contrario). (...)», no ocurre lo mismo, según la opinión de estos autores, «en las cláusulas limitativas de la transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales, aunque concedan a determinado socio la posibilidad de comprarlas él, prescindiendo de los herederos del socio causante; pues lo que se atribuye en la escritura es un derecho de adquisición, y no las partes sociales mismas; además, contra pago de su importe, lo que aleja toda idea de disposición *mortis causa*: lo que hay es atribución *inter vivos* de un derecho de preempción u otra modalidad semejante con eficacia al momento de la muerte del socio». También estiman que el pacto es contrario a la prohibición de la sucesión contractual, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, p. 116; GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., «Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., p. 1279. Por su parte, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, cit., p. 576, también cuestiona la validez de las cláusulas tontinas.

⁶⁹ En este sentido se expresa ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código Civil*, cit., p. 116, y añade que «Bajo este punto de vista no se puede negar que ello conculcaría la prohibición de la donación de bienes futuros y constituiría una forma de contrato sobre la herencia todavía no abierta inadmisibles en nuestro Derecho».

⁷⁰ CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 657.

2.2 PACTO DE CONTINUACIÓN CON EL HEREDERO DEL SOCIO FALLECIDO

Si, como se indicó anteriormente, el *intuitus personae* ha tenido una acusada influencia en la sociedad civil, es fácil comprender la hostilidad que desde antiguo provocaba el pacto de continuidad con los herederos o legatarios, al considerarse que tal acuerdo no era compatible con la confianza recíproca que une a los socios, ya que los sucesores son «personas inciertas y desconocidas al convenirse la cláusula»⁷¹. Por ello, este tipo de pacto fue expresamente rechazado por el Derecho romano⁷², salvo si se trataba de una sociedad que tuviese por objeto el arrendamiento de las cosas del Estado o de los pueblos o la recaudación de las rentas públicas (*societas publicanorum*)⁷³, pues en este tipo de sociedades «el personalismo de la condición de socio y el *intuitus personae* se encontraban extraordinariamente relajados»⁷⁴.

Lo cierto es que la invalidez del pacto de continuación con el heredero se mantiene hasta el inicio del proceso de codificación francesa, ya que las duras críticas de Pothier⁷⁵ a la injustificada rigidez de los principios romanos influyeron en el legislador, que finalmente reconoció en el artículo 1868 del *Code Civil* de 1804 la validez del pacto por el que se estipulaba que, en caso de muerte de un socio, la sociedad continuará con el heredero o solamente entre

⁷¹ Vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, cit., p. 640.

⁷² Ley 50, título 2.º Libro 17 del Digesto. Según explicaba POTHIER, *Tratado de la locación*, cit., pp. 67-68, «Los juriconsultos romanos habían llevado este principio hasta el extremo de decidir que ni aun podía pactarse válidamente al comenzar la sociedad, que el heredero del socio que muriese en el curso de la misma quedase socio en lugar de su causante. La razón era que considerándose la sociedad como un derecho fundado en la amistad que las partes se profesan recíprocamente, y en la confianza que tienen los unos en la fidelidad y buenas circunstancias de los otros, era contra la naturaleza de la misma contratarla con una persona incierta y desconocida cual era el heredero de uno de los contratantes, que nadie sabía al tiempo del contrato quien había de ser, ya que no podía ni aun el mismo socio darse desde entonces por heredero una determinada persona». Cabe destacar que el criterio del precedente romano se recoge también en las Partidas, en su Ley 1.ª título 10, Partida 5.ª que declaraba nulo el pacto de continuación con el heredero del socio fallecido.

⁷³ Sobre el rechazo a este tipo de pacto en el Derecho romano y la excepción admitida en el caso de la *societas publicanorum*, GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., p. 835, señala que «los mismos Romanos reconocían que este tipo de pacto no es contra la esencia de la sociedad; y los legisladores no deben prohibir otros pactos que los contrarios a las buenas costumbres y á la esencia de los contratos». También se refieren al precedente romano, MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, cit., p. 358; GIRÓN TENA, R., *Derecho de Sociedades*, cit., p. 640.

⁷⁴ Como expresa CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 659.

⁷⁵ A juicio de POTHIER, *Tratado de la locación*, cit., p. 68, la razón que fundamenta el criterio del Derecho romano no parece muy decisiva y opina «que tiene más de sutil que de sólida».

los socios sobrevivientes⁷⁶. Posteriormente, tras la modificación operada por la Ley de 24 de julio de 1966 en el citado artículo 1868, se admite que el pacto prevea la continuación de la sociedad sólo con determinados herederos del socio fallecido. Esta solución se traslada, finalmente, al artículo 1870 del *Code Civil*, según la redacción dada por la Ley de 4 de enero de 1978⁷⁷, al permitir que en el pacto se estipule que la sociedad continúe con «el cónyuge supérstite, con uno o varios de los herederos, o con cualquier otra persona designada en los estatutos o, si éstos lo autorizan, en disposición testamentaria»⁷⁸.

En nuestro país, el primer Código de Comercio de 1829 sigue el criterio de la redacción originaria del artículo 1868 del *Code Civil* y admite el pacto de continuación de la empresa con el heredero del socio fallecido, lo que en opinión de algún autor representa «la defensa del comerciante contra el carácter personalista de la sociedad»⁷⁹. Asimismo, durante los trabajos para la elaboración del Código Civil se reconoce también la validez del pacto en el artículo 1597 del Proyecto de Código Civil de 1851, si bien hay que destacar que dicha norma se apartaba del precedente francés al introducir un inciso final que, a su vez, remitía a otro precepto en el que se establecía la posibilidad de extinguir la sociedad por la voluntad de cualquiera de los socios⁸⁰. Esa reserva final de la norma del Proyecto isabelino fue criticada por García Goyena⁸¹, al entender que el Código Civil francés no la recogía porque no era absolutamente necesaria. A pesar de ello, ese inciso final se mantiene en la redacción definitiva del Código Civil de 1889 que en su artículo 1704.2 CC dispone lo siguiente: «Si el pacto fuere que la sociedad ha de continuar con el heredero, será guardado, sin perjuicio de lo que se determina en el número 4.º del artículo 1.700».

⁷⁶ El mismo criterio siguen otros países de nuestro entorno, reconociendo el referido pacto de continuación el Código Civil italiano en su artículo 1729, y el Código Civil alemán en el párrafo 727. Vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, cit., p. 641.

⁷⁷ Esta es la redacción vigente del artículo 1870 del Código Civil francés, según la redacción dada por la Ley n.º 78-9, de 4 de enero de 1978, relativa a la modificación del Título IX, del Libro III del Código Civil.

⁷⁸ MALAURIE, P., y AYNÉS, L., *Les successions. Les libéralités*, Defrénois, París, 2006, p. 291; MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Droit Civil. Les successions et les libéralités*, Sirey, París, 1983, p. 229.

⁷⁹ Es la opinión de GARRIGUES, J., «Las cláusulas de continuación de la sociedad colectiva con los herederos de un socio», en *Cuestiones de Derecho de la empresa*, Universidad de Valladolid, Bilbao, curso 1958-59, pp. 81-82, pero, como subraya el mismo autor, «en definitiva ese pacto no escapa tampoco a las consecuencias de esta nota personalista».

⁸⁰ El segundo párrafo del artículo 1597 del Proyecto isabelino establecía que «Si el pacto fuere que la sociedad ha de continuar con el heredero, será guardado sin perjuicio de lo que se determina en el número 4 del artículo 1595».

⁸¹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., p. 835.

De entrada conviene indicar que, si bien el texto de la norma se refiere a un pacto de continuación con el heredero, está claro que pueden ser varias las personas llamadas a la herencia con ese título sucesorio, y en tal caso se plantea el problema de determinar si la condición de socio se transmite individualmente o a todos los herederos conjuntamente. Para un sector de la doctrina⁸², la comunidad hereditaria no puede asumir la condición de socio, sino que dicha posición jurídica se atribuye a cada uno de los herederos con un interés patrimonial proporcional a la cuota en la herencia y con todas las facultades administrativas. Por contra, otros autores⁸³ sostienen que «en el estado de comunidad hereditaria, todos los herederos conjuntamente ocuparán la posición de su causante, y cuando la partición de la propia herencia sea realizada le sustituirán el adjudicatario o adjudicatarios de la porción social». En efecto, parece más razonable y coherente con la situación de comunidad creada en estos casos admitir que la posición jurídica del socio causante se confiere provisionalmente a todos los herederos conjuntamente hasta el momento en que se produce la partición y se adjudica entonces a uno de los sucesores la participación social⁸⁴.

En esta línea se pronuncia la SAP de Sevilla de 23 de febrero de 2009 (JUR 2009, 197525), que resuelve un caso en el que los herederos del socio fallecido pretendían que se declarase la nulidad de una Junta extraordinaria de la sociedad por no permitir el derecho al voto a cada uno de ellos, al entender que la cláusula de sucesión prevista suponía que todos los herederos obtendrían la condición de socios individuales y como sociedad personalista tendrían derecho a un voto. Frente a este argumento, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial considera indiscutible que «a cada comunidad de herederos (comunidad más germánica, que romana) corresponde un voto»; y añade que «el *status* del heredero dentro de la sociedad viene determinado por la posición del causante, al que sucede (...) debe entenderse que la posición del socio no experimenta alteración alguna en relación a la posición de su causante. Solo, en consecuencia, puede existir un solo socio, por vía de herencia».

Por otro lado, respecto al sucesor del socio conviene indicar que, si bien el artículo 1704.2 CC sólo menciona el pacto de continuar la

⁸² GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, cit., pp. 657-658; PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1505.

⁸³ BATLLE VÁZQUEZ, M., *Código Civil*, cit., p. 183. También se decanta por esta solución CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 665.

⁸⁴ Como observa CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 665, sostiene que «en ese caso, la liquidación de la participación social debe esperar a que se realicen las adjudicaciones, o a que queden firmemente en sociedad solamente los herederos a quienes interese (...)».

sociedad con el heredero, no hay ningún inconveniente en admitir que sea un legatario quien asuma la posición jurídica de socio cuando el testador la atribuyó a su favor⁸⁵. En principio, no parece que pueda encajar en alguno de los legados típicos que regula el Código Civil⁸⁶, lo que no impide que el testador pueda ordenar otros, como sucede en este caso en que lo legado es la condición de socio⁸⁷, que ha de ser considerado un legado atípico. De esta disposición *mortis causa* cabe destacar algunos aspectos relevantes sobre el modo de adquirir el legado y los efectos de la adquisición que distinguen la sucesión a título particular frente a la sucesión a título universal, con repercusión en el caso que nos ocupa. En primer lugar, la adquisición del legado opera de forma muy diferente a la de la herencia, pues ésta se adquiere, como regla general, mediante la aceptación con efectos retroactivos a la muerte del causante, mientras que en el caso del legado (de cosa propia del testador) la adquisición es automática desde la muerte del testador⁸⁸, tal y como establece el artículo 881 CC⁸⁹. Aunque la adquisición se produce normalmente desde la apertura de la sucesión, sin necesidad de aceptación, cabe preguntarse si la condición de socio objeto del legado se transfiere inmediatamente a la esfera jurídica del legatario (legado de eficacia inmediata) o si, por el contrario, el traspaso de esa cualidad precisa de una actuación posterior a cargo del sujeto gravado (legado de eficacia diferida)⁹⁰.

⁸⁵ Como expresa GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Universidad de León. Servicio de Publicaciones, Madrid, 1989, p. 98, el sucesor ostentará la condición de legatario «cuando adquiriera un bien o derecho determinado, perteneciente o no al patrimonio del *de cuius*, pero que siempre tiene su causa en la muerte de éste».

⁸⁶ Entre los legados que regula el Código Civil se encuentran los siguientes: legado de cosa específica y determinada propia del testador (art. 882); legado de cosa ajena (arts. 861 a 864); legado de cosa genérica (arts. 875 a 877); legado de un derecho de habitación (art. 822); legado de cantidad (art. 884); legado de cosa gravada (arts. 867 y 868); legado alternativo (art. 874); legado de crédito y legado de perdón o liberación de una deuda (arts. 870-871); legado en pago de una deuda (art. 873); legado de prestaciones periódicas (art. 880); legados de educación y de alimentos (art. 879).

⁸⁷ Sobre este legado en las sociedades personalistas, *vid.* DE MARINO, R., «El legado de la cualidad de socio», cit., pp. 1072-1076.

⁸⁸ En realidad, como puntualiza GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, cit., pp. «en el Derecho español la adquisición del legado coincide con la delación, produciéndose generalmente en el momento de la apertura de la sucesión. El hecho de que la adquisición prescinda de la voluntad o el conocimiento del legatario no impide que quede a salvo la facultad de renunciar, ya que nadie puede ser obligado a adquirir el legado contra su voluntad».

⁸⁹ Este precepto establece que «El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos».

⁹⁰ La distinción entre legados de eficacia inmediata y legados de eficacia diferida es la que propone GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, cit., p. 156, pues a su juicio «existen legados en los que lo pretendido por el disponente al ordenarlos se actúa de modo inmediato, en tanto que otros precisan para esa actuación de un subsecuente momento jurídico. Llamaremos a los primeros legados de eficacia inmediata—porque el contenido de la disposición del testador coincide con la transformación jurídica producida con la adquisición del legado por parte

Pues bien, teniendo en cuenta el tipo de legado que nos ocupa parece razonable pensar que su eficacia es inmediata, de forma que la adquisición misma determina el traspaso de la condición de socio al sujeto beneficiario sin que se precise una actividad complementaria del sujeto gravado. Esa adquisición automática, sin embargo, no excluye que el legatario ejercite el derecho a renunciar a lo atribuido, y en ese caso queda sin efecto la adquisición con efectos retroactivos.

En otro orden de cosas, es importante resaltar que el reconocimiento legal del pacto de continuación de la sociedad con el heredero o legatario, en los términos previstos en el apartado segundo del artículo 1704 CC, ha suscitado dudas y objeciones importantes entre la doctrina. Así, una de las cuestiones debatidas es si este tipo de pacto tiene carácter obligatorio o facultativo. Se estima que el pacto es obligatorio cuando la condición de socio del causante forma parte de la masa hereditaria y es asumida automáticamente por el heredero desde que acepta la herencia (o en su caso por el legatario). En cambio, el pacto tiene carácter facultativo cuando concede al heredero (o al legatario) la facultad de decidir si ingresa o no en la relación social (derecho potestativo). Así pues, en este último caso, producido el fallecimiento del socio causante, si el heredero quiere formar parte de la sociedad deberá manifestar expresamente su voluntad en ese sentido, pues esta decisión no está vinculada a la de aceptar la herencia⁹¹; si, por el contrario, opta por no ingresar en la sociedad, parece lógico suponer que la sociedad podría continuar entre los socios sobrevivientes, con la correspondiente liquidación del valor económico de la participación o cuota del causante. En principio no parece que esta segunda opción pueda considerarse una repudiación parcial de la herencia que vulneraría la regla que la prohíbe expresamente (*ex art. 990 CC*), pues el heredero rechazaría únicamente asumir la posición jurídica de socio con el conjunto de derechos y obligaciones que ésta implica, sin

del legatario—, y a los segundos legados de eficacia diferida —porque la adquisición del legado no agota la función o finalidad pretendida al ordenarlo—. En este análisis de los tipos de legados por razón de sus efectos, la autora precitada denomina «dispositivos» a los legados de eficacia inmediata, dado que el testador está disponiendo de sus derechos, y «obligatorios» a los legados de eficacia diferida, en cuanto crea obligaciones a cargo del gravado. Con todo, admite que «también los legados dispositivos suelen producir un efecto de naturaleza obligacional», de tal forma que —por lo general— en ellos convergen dos tipos de efectos: el directo real, por cuanto el legatario adquiere directamente del causante la cosa u objeto legado, dando lugar a una sucesión en sentido verdadero y propio, y el (indirecto) obligatorio, ya que más allá del anterior fenómeno sucesorio, se precisa de una determinada actividad del gravado dirigida a culminar el traspaso».

⁹¹ Vid. CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 661, que sobre el pacto de continuación facultativa afirma que «respeto el interés del heredero del socio, que puede libremente integrarse en la sociedad o no, sin que se anuden las decisiones de aceptar la herencia y entrar a formar parte de la relación social, por el mero hecho de la aceptación de la primera».

que ello afecte al valor económico de la participación social del causante que sí formaría parte de la herencia.

Llegados a este punto, conviene hacer un repaso de los argumentos que esgrime la doctrina en torno al carácter obligatorio o facultativo del pacto. Para algunos autores⁹², no hay duda de que la redacción del artículo 1704.2 CC evidencia que se refiere únicamente a un pacto de continuación obligatoria para el heredero, lo que supone admitir que la condición de socio es transmisible *mortis causa*⁹³ y, consiguientemente, que el heredero asumirá esa posición jurídica desde el momento en que acepte la herencia⁹⁴. Esta tesis no es compartida por otro sector de la doctrina⁹⁵ que duda que el pacto pueda obligar al heredero que acepta la herencia a asumir automáticamente la condición de socio, pues en ese caso se situaría al heredero «en el dilema de que comprometa su patrimonio personal y su actividad en la sociedad o pierda su herencia»⁹⁶. Cabe destacar, asimismo, una posición intermedia que no descarta la validez de las dos modalidades del pacto⁹⁷, y en este sentido consideran que si no consta expre-

⁹² En este sentido, PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1503, sostiene que del artículo 1704 CC «se desprende con toda evidencia la incontestabilidad de la cláusula de continuación obligatoria, que es la única a la que se refiere»; SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, cit., p. 210, sostiene que «el artículo 1704.II CC parece referirse únicamente a las primeras», o sea, a las que se configuran con carácter obligatorio. En opinión de BATLLE VÁZQUEZ, M., *Código Civil*, cit., p. 183, «debe optarse por estimar como obligatorio el pacto de continuación de la sociedad, mientras no esté concebido en términos francamente potestativos, ya que hay que suponer que la estipulación está establecida con vistas al interés social, que ha de prevalecer contra el particular de los herederos».

⁹³ PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1504, sostiene que «la función de la cláusula de sucesión es configurar la participación social como derecho heredable o, transmisible *mortis causa* y, por consiguiente, ha de entenderse que con la muerte del causante entran sus herederos, automáticamente y en virtud de sucesión hereditaria, en la posición del socio fallecido».

⁹⁴ A juicio de SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, cit., p. 211, «Cuando la cláusula de sucesión prevé una automática continuación con el heredero del socio fallecido, sin necesidad de que otorgue más declaración de voluntad que la relativa a la aceptación de la herencia, nos encontramos con un claro desplazamiento de la regla según el cual la cualidad de socio no es heredable, concebida precisamente para evitar que un sujeto pueda verse involucrado, como consecuencia de la mera aceptación de la herencia, en una relación que puede no sólo exigirle el despliegue de una dedicación personal sino además comprometer su patrimonio privativo».

⁹⁵ En opinión de GARRIGUES, J., «Las cláusulas de continuación de la sociedad colectiva con los herederos de un socio», cit., p. 84, «no estamos en presencia de un derecho transmisible por herencia y no lo estamos porque el supuesto derecho de socio ni es un derecho ni es transmisible por herencia. La condición de socio es un *status*, es una posición jurídica que se descompone en un haz de derechos y obligaciones. En sí esta cualidad de socio no es sólo un derecho, sino una posición, y una posición de carácter personalísimo que no se puede transmitir a otro porque se entregue por la muerte».

⁹⁶ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., p. 653.

⁹⁷ Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al artículo 1704 CC», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2001, cit., p. 1932, quien defiende la licitud «tanto del pacto que faculta al heredero para ingresar en la sociedad como del pacto que impone el ingreso».

samente el carácter obligatorio del pacto hay que entender que se ha establecido como facultativo⁹⁸. En cambio, otros autores rechazan que el pacto pueda obligar a los herederos del socio a integrarse en la relación social y sostienen que el pacto de continuación facultativo es el que plantea menos problemas de admisibilidad, pues no se vinculan «las decisiones de aceptar la herencia y entrar a formar parte de la relación social, por el mero hecho de la aceptación de la primera»⁹⁹.

Aunque puede ser una cuestión discutible, estimo que la interpretación que resulta del artículo 1704.2 CC no permite concluir que la norma se refiere a un pacto de continuación que obligaría al heredero que acepta la herencia a convertirse necesariamente en socio. De los términos que emplea la norma al disponer que el pacto «será guardado» se infiere que dicho acuerdo es válido¹⁰⁰, y sobre todo que debe ser respetado por los demás socios, de modo que producido el fallecimiento los socios sobrevivientes están obligados, en virtud del pacto suscrito, a aceptar el ingreso del heredero en la posición jurídica del socio causante. En todo caso, como ha destacado Garrigues¹⁰¹, lo que se transmite al heredero «no es el ser socio, sino el poder ser socio». Es más, aunque los socios hubiesen configurado el pacto de continuación como obligatorio para el heredero que acepta la herencia, tal exigencia no sería efectiva si

⁹⁸ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., p. 655, considera que «hay que hacer una interpretación de la voluntad del causante. Y no se puede, ni mucho menos, generalizar que, con esta cláusula, si aparece, sin más especificación se haya de presumir que los industriales y comerciantes han tenido la idea de que legalmente fuera su alcance imponer la sucesión al heredero. Más bien el punto de partida es el contrario: si no consta expresamente que se ha deseado la evitación del desembolso y la continuidad de la empresa, habrá que entender que ha sido establecida como facultativa». En esta línea, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, cit., p. 591, estima que «no existen motivos bastantes para rechazar ninguna de las dos variantes del pacto de continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido. Saber si estamos ante la una o ante la otra dependerá de los términos en que esté concebida la cláusula, o de los resultados a que conduzca su interpretación. En la duda, debe prevalecer, creemos, la interpretación favorable a su versión optativa».

⁹⁹ CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 661, considera que «De esta forma, los demás socios, en todo caso, se aseguran la continuidad de la empresa social y disponen exclusivamente de su interés, relajando el *intuitus personarum*, en la medida en que la inclusión del pacto supone a modo de una admisión anticipada de alteraciones subjetivas: de la sustitución del socio fallecido por sus herederos, admisible en la misma medida en que cabe prever por anticipado en el contrato de sociedad la libre transmisibilidad *inter vivos* de las participaciones. Y no gravan al heredero del socio con la necesidad de integrarse en una relación que compromete gravemente su esfuerzo personal y su patrimonio, caso que no esté dispuesto a repudiar la herencia».

¹⁰⁰ En este sentido, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., p. 654, afirma que las referidas palabras «indican que aunque contenida en el contrato de sociedad la cláusula es válida». En contra BATLLE VÁQUEZ, M., *Código Civil*, cit., p. 183, apunta, entre otros argumentos para considerar que el pacto de continuación tiene carácter obligatorio, el hecho de que la norma habla imperativamente al utilizar la expresión «será guardado».

¹⁰¹ Así lo expresa GARRIGUES, J., «Las cláusulas de continuación de la sociedad colectiva con los herederos de un socio», cit., p. 85.

tenemos en cuenta la remisión que el artículo 1704.2 CC hace al artículo 1700.4.º CC, norma que prevé la posible disolución de la sociedad por voluntad de cualquiera de los socios¹⁰². En realidad, se trata de una causa de disolución que sólo opera bajo las condiciones que expresan los artículos 1705 y 1707 CC, lo que significa que puede reclamarse la disolución por denuncia de uno de los socios y sin necesidad de causa alguna si no se ha señalado término para la duración de la sociedad (art. 1705 CC)¹⁰³, pero si ha sido constituida por tiempo determinado el derecho de denuncia requiere la concurrencia de un justo motivo (art. 1707 CC), o sea, una circunstancia relevante y de suficiente entidad «que haga inexigible al socio permanecer en la sociedad»¹⁰⁴. En definitiva, la reserva final del artículo 1704.2 CC pretende advertir que, si bien el pacto social de continuación con el heredero debe ser respetado por todos los socios, cualquiera de éstos, incluido el heredero que ingresa en la sociedad, tiene la posibilidad de renunciar. En tal caso, esa decisión no comporta necesariamente la disolución de la sociedad y la apertura del proceso de liquidación si, como señala la doctrina, es razonable entender que «el pacto de continuación con los herederos lleva implícito el de continuación entre los socios supervivientes exclusivamente»¹⁰⁵.

En otro orden de cosas, también plantea discrepancias en la doctrina el tema relativo a la naturaleza de la sucesión del heredero en la posición del socio causante. En este sentido, se defiende que la configuración jurídica del pacto es la de una estipulación a favor

¹⁰² CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 663, sostiene que «la mención de la renuncia implica que a todos los socios, pero especialmente a los herederos del socio difunto, se les ofrece la opción entre callar, convirtiéndose en socios por la mera aceptación de la herencia, y manifestar su decisión de no permanecer en sociedad, provocando la disolución de la misma». Y añade que «en este caso se consagra una matización de la regla de la sucesión en la misma posición jurídica del causante, que implica que, aceptada la herencia y, dentro de un período razonable, manifestada la voluntad de no continuar en sociedad, los herederos del socio han de considerarse como que no han sido socios en ningún momento, no asumiendo, entonces, responsabilidad personal en cuanto socios por las deudas sociales, sino solamente la responsabilidad que como herederos, de acuerdo con la modalidad de la aceptación, les corresponda por las deudas de su causante, incluidas las sociales anteriores al fallecimiento».

¹⁰³ Sería, a juicio de QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C., *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 22-23, «una forma de desistimiento unilateral autorizada por la ley».

¹⁰⁴ PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1505; BATLLE VÁZQUEZ, M., *Código Civil*, cit., p. 191, suscribe la opinión de que el justo motivo se refiere a algo que ataque al contrato de sociedad «en su esencia e impida o amenace los fines para los que la sociedad se ha formado, de tal manera que sea más aconsejable, desde el punto de vista del interés objetivo de los socios, disolverla».

¹⁰⁵ En este sentido se expresa CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 663, pues a su juicio «si el heredero del socio ejercita la renuncia a que se refiere el artículo 1704, no se producirá por ello la disolución total de la sociedad, sino que se aplicará el ya visto régimen de la disolución parcial para ese supuesto».

de tercero, de modo que el ingreso del heredero en la sociedad se produciría en virtud de un contrato que prevé el derecho de aquél a convertirse en socio si así lo desea y la obligación de los demás socios de admitir ese ingreso¹⁰⁶. Esta opinión no es compartida por otros autores, quienes sostienen que la adquisición del heredero, de la cuota del causante o su valor, tiene lugar a través del mecanismo sucesorio¹⁰⁷. Sin embargo, parece más razonable admitir que el pacto se configura como una estipulación a favor de tercero, pues lo que determina el ingreso del heredero en la posición jurídica del socio causante es el pacto suscrito previamente por todos los socios en cuya virtud la cuota o participación del causante será transmisible *mortis causa* y, por tanto, se integra en la herencia¹⁰⁸.

Llegados a este punto hay que referirse a una de las cuestiones más controvertidas que plantea el pacto por el que se acuerda la continuidad de la sociedad con el heredero; me refiero a la polémica doctrinal sobre su posible consideración como pacto sucesorio. Para algún autor no hay duda de que se trata de un pacto sucesorio, dado que «las cláusulas que crean un sistema convencional y reglado *a priori* de sucesión en los derechos del difunto, tienen ese carácter de

¹⁰⁶ GARRIGUES, J., «Las cláusulas de continuación de la sociedad colectiva con los herederos de un socio», cit., p. 83; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., p. 656; CANO, F., «Pactos sobre sucesiones futuras y pactos sociales», cit., p. 383; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial*, Tecnos, Madrid, 1962, p. 353; PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1506; SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, cit., p. 210. En opinión de PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1506, la entrada del heredero «se verificará en virtud de un contrato (como el de admisión de nuevos socios) que se perfecciona mediante la declaración de aceptación de la oferta que ha cristalizado en la cláusula». Por su parte, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., pp. 656-657, después de descartar el régimen de la sucesión *mortis causa*, y con el objetivo de explicar la contrapartida del ingreso del heredero en la posición del socio causante, afirma que «Normalmente –particularmente si hay un solo sucesor o se concede a todos los herederos el derecho genéricamente– habrá de entenderse que la parte de capital del fallecido pasa por donación a ese o esos herederos. Si los herederos no intervienen en la cláusula o antes del fallecimiento parece que no hay donación *mortis causa*».

¹⁰⁷ A juicio de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, cit., pp. 587-588, «la cláusula atribuye a los herederos el derecho a adquirir la cuota del causante o su valor, según que opten para entrar o no en la sociedad. Este derecho forma parte de la herencia y también, por tanto, lo que se adquiera (cuota o valor) en virtud de su ejercicio. De no ser así se daría la extraña y paradójica consecuencia de que al quedar excluida la cuota (o su importe) de la herencia, los acreedores del causante no podrían satisfacerse sobre ella en caso de que el heredero o herederos hubiesen aceptado con beneficio de inventario. Resultado absolutamente inadmisibles si los herederos no prosiguen en la sociedad y se les liquida la participación de su causante, y también rechazable en el supuesto inverso». En este sentido también se pronuncia CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 662.

¹⁰⁸ Como sostiene Díez-Picazo y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, cit., p. 533, «El pacto no es más que una manifestación de voluntad dirigida a hacer transmisible la cuota, que de suyo no lo es sin el consentimiento de todos los socios (art. 1.696), y en su virtud ingresa en el patrimonio hereditario como cualquier otro bien, siguiendo las normales vicisitudes del fenómeno hereditario».

pacto sucesorio»¹⁰⁹. A pesar de ello, se estima que no plantearía problemas porque, en todo caso, se trataría de un pacto excepcionalmente admitido frente a la regla general prohibitiva del artículo 1271 CC. En cambio, otro sector de la doctrina¹¹⁰ rechaza que el pacto de continuación con el heredero pueda considerarse como verdadero pacto sucesorio, argumentando que no se trata de un acuerdo dirigido a ordenar o disponer contractualmente de parte del patrimonio perteneciente al socio fallecido, pues la finalidad del acuerdo es evitar la disolución de la sociedad por la muerte de un socio¹¹¹, y precisamente con ese propósito los socios se comprometen expresamente a admitir la transmisibilidad *mortis causa* de los derechos sociales¹¹². En todo caso, se puntualiza que, aun cuando se apreciara como pacto sucesorio, «la objeción sería irrelevante puesto que se trataría de un pacto expresamente admitido por el artículo 1704»¹¹³, y por ello una excepción a la regla prohibitiva.

A pesar de la disparidad de criterios sobre esta cuestión, parece que no hay razones suficientes para calificar como pacto sucesorio el pacto por el que los socios acuerdan con carácter previo al fallecimiento que la sociedad continuará con el heredero o legatario del socio causante, pues el acuerdo así considerado no supone una

¹⁰⁹ En este sentido, CANO, F., «Pactos sobre sucesiones futuras y pactos sociales», cit., p. 384, añade que «la doble circunstancia de ser contratos y de referirse a la herencia futura se da con frecuencia en estos pactos, lo que acentúa su aspecto de contratos prohibidos».

¹¹⁰ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, cit., p. 587, sostiene que el pacto de continuación con los herederos (en general), tanto si es un pacto de sucesión puro como si es un pacto que concede a los herederos el derecho a elegir entre continuar en la sociedad o salir de ella «no entraña un contrato sucesorio prohibido»; CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., pp. 663-664, afirma que desde el punto de vista del heredero, «no parece, sin embargo, que pueda hablarse de pacto sucesorio alguno. Y desde el punto de vista de los socios, más que de pacto sucesorio, parece preferible hablar de modificación del régimen legal de las causas de disolución de la sociedad, pues ese pacto implica, no tanto la obligación asumida por cada socio de transmitir su condición de tal a su muerte, cuanto la eliminación de la muerte de los socios como causa de disolución». Asimismo, niegan su consideración como pacto sucesorio, PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1504; ALBÍEZ DOHRMAN, K.J., *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 259; SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, cit., p. 213.

¹¹¹ En este sentido, CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 664, sostiene que «los socios relajan el *intuitus personae* que legalmente caracteriza a la relación social, obligándose a admitir en sociedad a los herederos del socio difunto, mediante la emisión anticipada de su consentimiento en ese sentido».

¹¹² *Vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, cit., p. 587, afirma que «Significa, solamente, que los socios, al estipular la sociedad, han admitido de antemano la transmisibilidad *mortis causa* de los derechos sociales. La cuota del socio fallecido ingresa, pues, directamente en la herencia del causante y los herederos (testamentarios o *ab intestato*) la adquieren juntamente con los demás bienes o derechos que integren la herencia». A juicio de PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1504, «la función de la cláusula de sucesión es configurar la participación social como derecho heredable o, transmisible *mortis causa*».

¹¹³ En este sentido se expresa PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1504; coincide con este argumento SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, cit., p. 213.

reglamentación convencional de la sucesión *mortis causa* del causante como sucede en los genuinos contratos sucesorios¹¹⁴. Como ya se ha señalado, con este pacto se pretende evitar el fin de la sociedad por el fallecimiento de un socio y se hace posible la transmisión *mortis causa* de la participación social a favor de quien resulte ser heredero o legatario del socio causante¹¹⁵. Así, en virtud del pacto, producido el fallecimiento de un socio le sucederá en los derechos sociales el sujeto beneficiario designado en testamento o por sucesión intestada; en suma, el contenido del pacto se integrará con las reglas propias del derecho sucesorio. En consecuencia, parece que el pacto así considerado no vulneraría la prohibición de la sucesión contractual puesto que el llamamiento se produciría, en puridad, a título sucesorio.

Una situación distinta es la que se plantea cuando el pacto social prevé la continuación de la sociedad con una persona determinada que sucederá al causante en su condición de socio. Sobre este punto la doctrina mayoritaria sostiene que el pacto con designación nominal del sucesor no es admisible porque contradice la regla general del artículo 1271 CC que prohíbe todo contrato sobre la herencia futura¹¹⁶, dado que «se trataría entonces de atribuir un bien hereditario a una persona en vida, excluyendo a los demás herederos»¹¹⁷. Frente a esta opinión, y para defender la validez de dicho pacto, quizás podría invocarse como argumento la doctrina que mantienen

¹¹⁴ En relación al contrato sucesorio, destacan Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, cit., p. 465, que «Su efecto sustancial es puramente *mortis causa* y consiste en dejar disciplinada, de una determinada manera, vinculante para las partes, una sucesión *mortis causa*».

¹¹⁵ Por ello, como precisa CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 664, «el régimen de la sucesión en el patrimonio del socio fallecido no debe buscarse en el contrato de sociedad, sino en el testamento o en la Ley, cuando aquél no exista o para lo que aquél no prevea».

¹¹⁶ En este sentido, Cano, F., «Pactos sobre sucesiones futuras y pactos sociales», cit., pp. 385-386, destaca que para la finalidad básica del artículo 1704 CC «subsistencia de la sociedad, es ajena e innecesaria la individualización de alguno o algunos herederos»; PALÁ MEDIANO, F., «Los problemas de la sucesión en los derechos del socio», en *Estudios de Derecho Sucesorio. Conferencias del cursillo del año 1945*, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1946, p. 111; GULLÓN, A., *Curso de Derecho Civil*, cit., p. 353; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit., p. 426; CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 664; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, cit., pp. 593-594, estima que si el pacto consiste en designar a personas concretas que sucederían al causante en los derechos sociales, «sin que el causante tenga la posibilidad de revocar lo que *prima facie*, constituye una liberalidad», se habrá consumado, de hecho, un pacto sucesorio que, en buenos principios, tendría que ser declarado nulo. No podrían aducirse los artículos 1704 del CC o 222.1.º del CCo, pues dichos artículos sólo permiten, claramente, que se convenga la continuación de la sociedad con los herederos (en general, y quienesquiera que sean éstos) de un socio fallecido (...); SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, cit., p. 213.

¹¹⁷ Vid. GULLÓN, A., *Curso de Derecho Civil*, cit., p. 353, quien añade que «el artículo 1704 no supone una derogación del artículo 1271».

algunas sentencias del Tribunal Supremo respecto a que el artículo 1271.2 CC sólo prohíbe los pactos sobre la universalidad de una herencia, pero no aquellos que recaen sobre bienes determinados existentes al tiempo del otorgamiento en el patrimonio del causante, de lo que se infiere –siguiendo esta doctrina– la posible admisión de la sucesión contractual a título particular en el régimen del Código Civil¹¹⁸. De acuerdo con este criterio, podría defenderse entonces que el pacto con designación nominal del sucesor no entraría en el ámbito de la prohibición de los contratos sucesorios porque el objeto del pacto es un bien determinado del patrimonio del otorgante, esto es, la participación social que le corresponde en la relación societaria. Sin embargo, entendemos que la aplicación de este criterio jurisprudencial al caso que nos ocupa no es suficiente para defender la validez del pacto que prevé la continuación de la sociedad con una persona determinada, porque para valorar si se trata de un pacto autorizado la atención no debe centrarse en que su objeto sea un bien particular, sino en el hecho de que el llamamiento de la persona que sucederá al socio en ese concreto bien se produzca en virtud de testamento o sucesión intestada, conforme a lo dispuesto en el artículo 658 CC¹¹⁹, y no en virtud de contrato.

Pensemos, por ejemplo, que el pacto designa como sucesor en la participación del socio causante a una persona concreta y que al abrirse la sucesión sea ésta la llamada a la herencia, por sucesión testamentaria o intestada; en tal caso, parece que el pacto no plantearía problema dado que su contenido quedaría integrado en el sistema¹²⁰. No ocurre lo mismo si el pacto designa a un sujeto determinado y una vez abierta la sucesión esa persona no resulta reconocida como sucesora en el testamento del causante (a título de herencia o legado) o, al menos, no en lo que se refiere a la participación social del causante; en este supuesto, guarde silencio el testamento sobre ese aspecto o designe sucesor a un sujeto distinto al previsto en el pacto social, por aplicación de la regla prohibitiva de la sucesión contractual, prevalecería el llamamiento efectuado en virtud del testamento, pues lo contrario sería dar cobertura legal a un pacto sucesorio.

¹¹⁸ Sobre este tema, *vid.* REQUEIXO SOUTO, X.M., «Pactos de atribución particular *post mortem*. Ámbito del artículo 1271, ap. 2.º del Código Civil», cit., pp. 1746 y ss., que hace un completo estudio sobre la doctrina que mantienen algunas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, las SSTS 22 de julio de 1997 (RJ 1997, 5807) y 3 de marzo de 1964 (RJ 1964, 1254).

¹¹⁹ De conformidad con lo dispuesto en el primer apartado del artículo 658 CC, «La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley».

¹²⁰ *Vid.* Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, cit., p. 466, califica estos pactos como «pactos sucesorios confirmativos o conservativos».

Lo que quizás sí puede admitirse, como propugna parte de la doctrina¹²¹, es que los socios acuerden que la cuota o participación social del causante será transmisible *mortis causa*, pero sólo en relación a determinadas personas, de manera que la sucesión en la condición de socio se produciría únicamente en caso de que alguno de los designados sea efectivamente llamado a la herencia¹²²; supuesto en el que no quedaría comprometida la libertad testamentaria del causante que está en la base de la norma prohibitiva del artículo 1271.2 CC¹²³.

Llegados a este punto, es interesante tener en cuenta el tratamiento de este tema en el Derecho francés donde la regla prohibitiva de los pactos sucesorios en su artículo 1130 del *Code Civil* está muy arraigada¹²⁴. Ello ha propiciado una interpretación rigurosa por los tribunales que rechazaban la validez de ciertos acuerdos por contravenir la prohibición, si bien ha de reseñarse que en los últimos años se aprecia una tendencia a flexibilizar esta regla¹²⁵. Lo cierto es que el criterio judicial restrictivo al que antes aludía se aplicaba en el caso de los pactos de continuación

¹²¹ En este sentido, PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 1505, sostiene que se trataría de «cláusulas de sucesión cualificadas, que se caracterizan porque configuran como heredable la condición de socio no en general, sino sólo en relación con determinadas personas. La admisibilidad de tales cláusulas no puede contestarse desde el punto de vista del derecho sucesorio. La razón es clara: son cláusulas que no conducen a limitar la libertad de testar sino a abrir la posibilidad de que la parte de socio, aunque sea limitadamente a favor de algunas personas, pueda incluirse en la herencia». Por ello concluye el autor que «no hay pues una designación del heredero que sucederá al causante en la sociedad, sino la posibilidad de que determinadas personas hereden si de conformidad con el derecho de sucesiones pueden hacerlo».

¹²² Sobre esta cuestión también se pronuncia CAPILLA RONCERO, F., «Comentario al artículo 1704 CC», cit., p. 664, en el sentido de admitir que «en el pacto de continuación se prevea la posibilidad de continuar la sociedad entre los socios supervivientes y, caso de ser designado heredero determinada persona, que ella pueda integrarse en la sociedad. Si el designado como heredero es persona diferente, simplemente tendrá derecho a recibir la liquidación parcial correspondiente a la participación de su causante».

¹²³ En efecto, como apunta REQUEIXO SOUTO, X.M., «Pactos de atribución particular *post mortem*. Ámbito del artículo 1271, ap. 2, del Código Civil», cit., p. 1748, «La razón principal de la prohibición del artículo 1271, ap. 2 CC, es evitar la limitación de la libertad dispositiva *mortis causa* del causante, por la cual puede revocar en todo momento el testamento».

¹²⁴ Respecto a la regla que prohíbe los pactos sobre la sucesión futura en el Derecho francés, MALAURIE, P., y AYNÉS, L., cit., pp. 285-293; MARTY, G., y RAYNAUD, P., cit., pp. 219-230.

¹²⁵ Sobre la evolución en el tema de los pactos sucesorios en Francia, HERRERO OVIEDO, M., «Los pactos sucesorios en el Código Civil francés», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, GARCÍA RUBIO, M.^ª P. (Coord.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 445, analiza las últimas reformas legislativas en materia sucesoria en el Derecho francés que inciden particularmente en el ámbito de los pactos sucesorios; y en este sentido destaca que «en el país galo, donde la prohibición parecía estar fuertemente enraizada, las últimas reformas que el legislador ha llevado a cabo en materia sucesoria han aumentado los casos en los que, excepcionalmente, se permitía la elusión de la prohibición de los pactos sucesorios». Las reformas operadas en la normativa sucesoria y de liberalidades del Derecho francés también han contribuido a una mayor protección de las personas vulnerables, como pone de relieve LE GUIDE, R., «Los pactos

de la sociedad con determinados herederos, que se declaraban nulos por la jurisprudencia al entender que constituían pactos sobre la sucesión futura¹²⁶. Pero en este tema hay un punto de inflexión a partir de la reforma operada por la Ley de 24 de julio de 1966, que como vimos anteriormente admitió expresamente en el antiguo artículo 1868 del *Code Civil* el pacto de continuación de la sociedad con ciertos herederos¹²⁷; actualmente se recoge en el artículo 1870 del mismo texto legal permitiendo que la sociedad continúe con «el cónyuge superviviente, con uno o varios de los herederos, o con cualquier otra persona designada en los estatutos o, si éstos lo autorizan, en disposición testamentaria»¹²⁸. Así pues, se contempla el pacto de continuación de la sociedad con determinados sujetos como una excepción a la regla general vigente en el Derecho francés que prohíbe los pactos sucesorios. Tal vez sería oportuno que en nuestro ordenamiento también se llevara a cabo una modificación legal en este punto porque posibilitaría, sin dejar margen a la duda, la continuidad de la sociedad en relación a determinadas personas que, por sus cualidades o aptitudes, sean más idóneas para suceder al socio causante, sin que el pacto plantee problemas en relación con la posible vulneración de la prohibición de los contratos sucesorios¹²⁹.

Al hilo de lo que acaba de exponerse, aunque en el marco de una sociedad de responsabilidad limitada, es interesante destacar

sucesorios en el Derecho francés: ¿un instrumento de protección de las personas vulnerables?», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio, 2004, pp. 725-735.

¹²⁶ Vid. PLANIOL, M., y RIPERT, G., *Traité Pratique de Droit Civil Français*, cit., pp. 340-341; MALAURIE, P., y AYNES, L., *Les successions. Les libéralités*, cit., p. 291.

¹²⁷ Vid. HERRERO OVIEDO, M., «Los pactos sucesorios en el Código Civil francés», cit., pp. 457-458, quien destaca la intervención del legislador francés, no sólo en relación al pacto de continuación con ciertos herederos, sino también en otro tipo de cláusulas o acuerdos «que, de no ser por esta admisión legal expresa, habrían sido tachados (y de hecho así venía ocurriendo) de nulos por la jurisprudencia al considerarlos pactos prohibidos. En estas hipótesis motivos de diversa índole hacían necesario y útil el mantenimiento de la eficacia de estos acuerdos; con ello el legislador no hacía sino reconocer que las circunstancias que en los años de redacción del Código habían justificado el veto a los pactos sucesorios, siglo y medio después, ya no continuaban plenamente vigentes».

¹²⁸ Es la redacción vigente del artículo 1870 del *Code Civil*, según la redacción dada por la Ley n.º 78-9, de 4 de enero de 1978, relativa a la modificación del Título IX, del Libro III de dicho texto legal.

¹²⁹ Respecto a la conveniencia de un cambio legal en este sentido es importante subrayar que la doctrina mayoritaria apuesta por la necesidad de flexibilizar el rigor de la regla general que prohíbe los pactos sucesorios, no sólo porque los argumentos esgrimidos tradicionalmente en su contra han perdido vigencia en la actualidad y de hecho el propio Código admite excepciones a ese principio general, sino fundamentalmente porque el mantener la citada prohibición impide, por ejemplo, «que a través del instrumento paccionado se alcancen fines claramente protegibles, como el mantenimiento de la unidad de los patrimonios familiares rurales, artesanales o industriales, prácticamente imposible de conseguir en el régimen codificado». Vid. GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., «Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., p. 1284.

una Resolución de la DGRN de 13 de enero de 1984¹³⁰ que analiza la validez de una cláusula que atribuía a uno de los socios (el cónyuge del socio fallecido) el derecho a adquirir las participaciones por su valor real si éstas se adjudicaban a personas distintas del cónyuge viudo. La citada Resolución aborda el tema planteado desde la perspectiva de los pactos sucesorios, y en ese sentido se expresa a favor de su validez, argumentando que «tales tipos de pactos establecidos en el acto constitutivo e incluso no reducidos a la persona del cónyuge, sino también a cualquier otra que expresamente se haya designado, sea o no heredera, se han ido abriendo camino en el Derecho comparado e, incluso, en legislaciones como la francesa, que prohibía los pactos sobre herencia futura, fueron válidamente admitidos por la jurisprudencia antes de que la Ley de Reforma de Sociedades de 1966 los recogiera (...). No supone un obstáculo para la validez del pacto la renuncia anticipada hecha por los socios en la escritura social a una futura adquisición de determinadas participaciones sociales, dado el principio general de autonomía de la voluntad (...)». A pesar del pronunciamiento favorable a este tipo de pactos, en el caso enjuiciado no podía admitirse el pacto porque vulneraba preceptos imperativos propios del Derecho aragonés.

¹³⁰ Esta Resolución se publicó en el «BOE» de 29 de febrero de 1984.

Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa

CAROLINA MACHO GÓMEZ

Doctora en Derecho
Universidad de Cantabria

RESUMEN

El nacimiento del «movimiento ADR (alternative dispute resolution)» se produjo en EE.UU en la década de los años setenta. Sin embargo, antes de tal acontecimiento, la mediación, tal y como se la conoce hoy en día, comenzó a emplearse gracias a un conjunto de factores sociales, políticos y económicos concretos que se produjeron en el citado país durante la década de los treinta. La Gran Depresión condujo a un cambio político y económico radical, materializado en el New Deal. En dicho contexto, la mediación laboral empezó a ser utilizada. A continuación, en los años sesenta, EE.UU sufrió otro período de conflicto generalizado, especialmente, debido a la lucha por los derechos civiles. Dichos acontecimientos influyeron en el inicio de la mediación comunitaria. Además, la introducción del divorcio no culpable en algunos de los Estados ayudó a la expansión de la mediación al ámbito familiar.

Este cúmulo de sucesos produjo el nacimiento del «movimiento ADR», esto es, la utilización de la mediación y de otros métodos alternativos de resolución de disputas como una forma de mejorar el derecho de acceso a los tribunales. Desde entonces, la mediación fue objeto de diversas regulaciones hasta llegar a la importante Uniform Mediation Act de 2001. Asimismo, desde el Reino Unido, este movimiento se extendió a toda Europa.

PALABRAS CLAVE

Movimiento ADR (alternative dispute resolution)-mediación-Estados Unidos-Europa-CNUDMI-Unión Europea-Consejo de Europa-Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

ABSTRACT

The birth of the «ADR (alternative dispute resolution) movement» happened in U.S.A during the 70s. However, before that event, modern mediation began to be used in the same country as a result of different facts which occurred during the 30s. The Great Depression brought a huge change in social, political and economical matters, which was reflected through the New Deal. In that context, labor mediation started to be practiced. Subsequently, in the 60s, U.S.A suffered another period of generalized conflict which has been characterized by the civil rights struggles. Those happenings helped with the utilization of mediation in the community field. Furthermore, the introduction of no-fault divorce in some States greatly encouraged the practice of family mediation.

After that mediation development, came the birth of the «ADR movement» in the 70s, that is to say, the widespread use of alternative dispute resolution methods, especially mediation, as means to improve the right of access to justice. That occurrence was fundamental, since then, mediation, as an ADR, began to be legislated in U.S.A, to eventually reach the important Uniform Mediation Act of 2001. Furthermore, the «ADR movement» has also spread from United Kingdom to the rest countries of Europe.

KEYWORDS

ADR (alternative dispute resolution) movement-mediation-United States -Europe-UNCITRAL-European Union-Council of Europe-The Hague Conference on Private International Law.

SUMARIO: I. *Consideraciones previas.*—II. *El nacimiento y evolución del «movimiento ADR» en Estados Unidos.* 1. Antecedentes históricos. A) La trascendental influencia del *New Deal* en el resurgimiento de la mediación. a) El Realismo Jurídico Americano. b) La mediación laboral. B) La *Civil Rights Act* de 1964 y la expansión de la mediación a otros ámbitos. a) La mediación comunitaria. b) La mediación familiar. 2. La *Conferencia Pound*: El nacimiento del llamado «movimiento ADR». A) La institucionalización de la mediación. B) La *Uniform Mediation Act* de 2001.—III. *La expansión del «movimiento ADR» a Europa: El desarrollo de la mediación en los países europeos.* 1. La temprana implantación del «movimiento ADR» en el Reino Unido. 2. El «movimiento ADR» en otros países europeos: La influencia del Consejo de Europa. A) Primeras experiencias mediadoras y reformas legislativas introductorias de la mediación. B) La significación de la mediación familiar y su reflejo en las distintas legislaciones. C) La expansión de la mediación a otros ámbitos. Las primeras Leyes de mediación en el ámbito civil.—IV. *La utilización de la mediación como instrumento para resolver conflictos con repercusión transfronteriza.* 1. La labor desempeñada por la CNUDMI. A) El *Reglamento de Conciliación de la CNUDMI* de 1980 y los reglamentos de las instituciones dedicadas a la resolución de conflictos comerciales internacionales. B) La *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional* de 2002 y las Leyes de mediación de los distintos Estados. Especial referencia a la *Uniform Mediation Act* de 2001. 2. El importante papel

desarrollado por la Unión Europea. A) Antecedentes de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. B) Los trabajos elaborados por la Unión Europea sobre mediación en materia de consumo y mediación familiar. a) La mediación en materia de consumo. b) La mediación familiar. 3. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la mediación familiar internacional.-V. *Conclusiones*.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde la antigüedad, la mediación, como método para la solución de conflictos a través de la participación de una tercera persona neutral y colectivamente valorada, ha sido una práctica constante en las diversas comunidades, sociedades y culturas¹.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que desde el nacimiento del Estado de Derecho, se ha entendido que el Poder Judicial, independiente y diferenciado del Poder Legislativo y Ejecutivo, es el encargado de aplicar las normas jurídicas con el fin de resolver los conflictos. Dicho principio de independencia trae una consecuencia inevitable: los órganos jurisdiccionales deben detentar el monopolio de la Administración de Justicia, y para ello tienen como instrumento principal el proceso².

Desde principios del siglo xx, los Estados han ido asumiendo una función social y de protección de los ciudadanos³. En este contexto, intervienen repetidamente, regulando y controlando aspectos sociales y económicos de muy diversa índole, reconociendo, a su

¹ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative mediation: Legal perspectives*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009, pp. 51 y 52; J. J. ALFINI, S.B. PRESS, J. R. STERNLIGHT y J. B. STULBERG, *Mediation theory and practice*, 2.ª ed., Newark, San Francisco, Charlottesville, 2006, p. 1; T. BUTTS GRIGGS, «La mediación en los Estados Unidos: contexto y experiencias», *Mediación y protección de menores en Derecho de familia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, n.º 5, 2005, pp. 185 a 186; J. FOLBERG, «A mediation overview: History and dimensions of practice», *Med. Q.*, n.º 1, 1983, pp. 3 a 5; S. B. GOLDBERG, F. E. A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute Resolution: Negotiation, mediation and other processes*, 3.ª d., Gaithersburg, New York, 1999, p. 6; J. P. ORTUÑO MUÑOZ y J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Laboratorio de alternativas*, Documento de trabajo 110/2007, p. 9; A. RIPOL-MILLET, *Familias, trabajo social y mediación*, Barcelona, 2001, pp. 33 a 37; S. TAMAYO HAYA, «La mediación familiar desde una perspectiva comparada», en C. ARRANZ DE ANDRÉS, M. SERNA VALLEJO (coords.), *Estudios de Derecho español y europeo*, Santander, 2009, p. 931.

² El proceso judicial, es, sin duda, el método por excelencia para la resolución de conflictos. Vid. M. TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil*, trad. M. ARAMBURU CALLE, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009, pp. 119 y 120.

³ A diferencia de la concepción liberal de Estado, según la cual éste era el «enemigo» contra el que había que defenderse y frente al que se debía garantizar ciertas esferas de libertad y autonomía privada, la concepción social de Estado, defendía que éste fuera el «amigo» que actuara para satisfacer los derechos solicitados por sus ciudadanos. Vid. K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1983, pp. 398 a 402.

vez, múltiples derechos. Este fenómeno ha supuesto que todo ciudadano esté completamente inmerso en el sistema jurídico, que la mayor parte de las actividades que realizan estén reglamentadas, de tal forma, que necesiten acceder a los tribunales cada vez que surja algún conflicto, porque todo está sujeto a Derecho⁴. Con motivo del papel socializante que adquieren los Estados, la protección de los derechos de los ciudadanos de manera efectiva, a través de jueces y tribunales, se convierte en uno de sus cometidos principales⁵. En otras palabras, el *derecho a la tutela judicial efectiva* adquiere una posición central en todos los ordenamientos jurídicos, en tanto que asegura la efectividad del resto de derechos reconocidos, ya no sólo de las libertades individuales propias del Estado liberal, sino de los derechos económicos y sociales que, con el Estado social, han ido desarrollándose a través de múltiples leyes⁶.

Esta concepción protectora y social de Estado ha conseguido originar en la sociedad la creencia de que sólo los órganos jurisdiccionales pueden resolver los conflictos, porque son ellos los únicos encargados de interpretar y aplicar el Derecho que tantos aspectos regula⁷.

La paulatina formación de esta cultura litigiosa en la ciudadanía, la intensa actividad reguladora de los Estados, junto con el desarrollo social, cultural y económico alcanzado en los últimos tiempos, ha provocado la llamada «jurisdiccionalización» o «hiperjudicialización» de las sociedades occidentales contemporáneas. Fenómeno que en EE.UU. se denominó «litigation explosion» o «hyperlexis». Esta noción define el gran número de demandas que, hoy en día, se interponen, colapsando el sistema judicial y generando excesivos retrasos en los tribunales. Es evidente que esta multiplicación de causas planteadas ante los órganos jurisdiccionales no ha podido ser manejada, ni gestionada apropiadamente, por el método clásico: el proceso judicial⁸.

⁴ Vid. L. M. FRIEDMAN, «Claims, disputes, conflicts and the modern welfare state», en M. CAPPELETTI (ed.), *Access to justice and the welfare state*, Firenze, 1981, pp. 252 a 259.

⁵ Vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial de conflictos «alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, 1999, pp. 40 y 41.

⁶ Vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos una visión jurídica*, Madrid, 2009, pp. 9 y 10; M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, *op. cit.*, p. 33.

⁷ Esta convicción colectiva se ha constituido como una característica esencial de la cultura jurídica de las últimas décadas, esto es, forma parte del conjunto de valores, ideas y expectativas que, en general, se tienen del sistema jurídico, y que determinan cómo la sociedad se sirve del Derecho. L. M. FRIEDMAN ha señalado que la cultura jurídica «es la parte de la cultura general que concierne al sistema jurídico. Ideas y opiniones que son, en cierto sentido, los que ponen en marcha el proceso jurídico» (*vid. Introducción al derecho norteamericano*, trad. J. VERGÉ I GRAU, Zaragoza, 1984, pp. 6 a 10). Vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial...*, *op. cit.*, p. 37.

⁸ Vid. W.E. BURGER, «Agenda for 2000 A. D.-A need for systematic anticipation», en A.L. LEVIN, R.R. WHEELER, *The Pound Conference: perspectives on justice in the futu-*

También han surgido otras circunstancias que han intensificado dicha litigiosidad cualitativamente. La llegada de las nuevas tecnologías, la globalización y la internacionalización de las relaciones sociales, han generado normativas sofisticadas, y provocado litigios, que por su propia naturaleza, crean procesos mucho más lentos, costosos, y con circunstancias a considerar, muy diferentes de las analizadas en las habituales disputas internas⁹.

Es en este contexto donde se produce el nacimiento de los «alternative dispute resolution», o métodos alternativos de resolución de conflictos, en adelante ADR¹⁰. Estos mecanismos surgen con el fin de mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia, y de convertir a la tutela judicial en una protección realmente eficaz, dando prioridad a los ciudadanos, para que sean ellos mismos quienes resuelvan sus problemas, y configurando así a los tribunales, como una auténtica última instancia. En cualquier caso, antes de que surgiera el denominado «movimiento ADR», en EE.UU ya se había puesto en práctica la mediación, convirtiéndose en el origen de la utilización de estos métodos alternativos de solución de disputas.

II. EL NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL «MOVIMIENTO ADR» EN ESTADOS UNIDOS

El antecedente directo del «movimiento ADR», esto es, de la utilización generalizada de métodos alternativos de resolución de conflictos, se encuentra en la práctica de la mediación. Este mecanismo comenzó a emplearse como tal en el ámbito laboral durante

re, Minnesota, 1979, pp. 32 a 35; S. H. RIFKIND, «Are we asking too much of our courts?», en A. L. LEVIN, R. R. WHEELER, *The Pound Conference...*, op. cit., pp. 51 a 56. En cualquier caso, no todos los autores están de acuerdo en la existencia de la denominada «litigation explosion», vid. M. GALANTER, «The day after the litigation explosion», *Md. L. Rev.*, vol. 46, n.º 3, 1986, pp. 3 a 39.

En mayor o menor medida, este fenómeno también se produjo en el resto de Estados europeos, para algunos autores se acentuó más en los sistemas del *civil law*, vid. ad ex., H. P. GLENN, *Legal traditions of the World. Sustainable diversity in law*, 1.ª ed., Oxford, 2000, pp. 134 y 135; para otros en los sistemas del *common law*, vid. N. ALEXANDER, «Mediation on Trial: Ten verdicts on court-related ADR», en T. SOURDIN (ed.) *Alternative dispute resolution and the courts – Law in Context*, vol. 22, n.º 1, 2004, p. 10; N. ALEXANDER, «Global trends in mediation: riding the third wave» en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends in Mediation*, 2.ª d., Alphen aan den Rijn, 2006, p. 20.

⁹ Vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial...*, op. cit., pp. 14 y 15; J. P. ORTUÑO MUÑOZ, J. HERNÁNDEZ GARCÍA, *Sistemas alternativos...*, loc. cit., p. 10.

¹⁰ En un principio, los ADR eran todos aquellos métodos de solución de disputas distintos al proceso judicial, principalmente: el arbitraje, la mediación, la negociación y, la conciliación. Parte de la doctrina sigue apoyando dicha tesis, si bien, otros autores, excluyen el arbitraje y la negociación de tal concepto. Sobre esta cuestión, vid. C. MACHO GÓMEZ, «Los ADR «alternative dispute resolution» en el comercio internacional», *CDT*, vol. 5, n.º 2, octubre 2013.

la década de los treinta. Posteriormente, en los años sesenta, la mediación empezaría a extenderse a otras áreas, primero a la comunitaria, y en segundo lugar, a la familiar. Todos estos acontecimientos supusieron la base para el nacimiento del denominado «movimiento ADR», el cual pronto se reflejó en distintas leyes estadounidenses, destacando de entre las mismas la *Uniform Mediation Act* de 2001.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El *Crack del 29* fue el principio de una crisis económica mundial, la llamada *Gran Depresión* de la década de 1930, que comenzó en EE.UU. y se extendió a la Europa industrializada¹¹. En el citado país, entre 13 y 15 millones de trabajadores perdieron su empleo, muchas fábricas cerraron, otros muchos bancos quebraron¹². Sin embargo, la Administración de Herbert C. Hoover, basándose en los viejos principios del *laissez faire*, no tomó decisiones de gran calado, además, las mínimas medidas adoptadas se dirigieron hacia el rescate y recuperación del sector empresarial, en vez de destinar ayudas a los desempleados, y al resto de ciudadanos necesitados de auxilio.

Asimismo, los citados postulados del *laissez faire* no sólo reinaban en el ámbito político y económico, sino también en el jurídico. Éstos formaban parte del llamado *Classical Legal Thought*, la concepción jurídica imperante en EE.UU. desde las últimas décadas del siglo XIX, hasta los años treinta¹³. Esta corriente de pensamiento estaba completamente identificada con el liberalismo más puro, y la concepción individualista que éste implicaba, de ahí que protegiera, desde el ámbito jurídico, el libre mercado. De confor-

¹¹ El motivo de la expansión de esta crisis económica a los países europeos industrializados se debe a las consecuencias económicas impuestas en el Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919. Alemania, la gran perdedora de la I Guerra Mundial, debía grandes sumas de dinero, que no podía pagar, a Gran Bretaña y Francia, que a su vez estaban endeudadas con EE.UU., que las prestó importantes cantidades para la compra de material bélico.

¹² Vid. W. I. TRATTNER, *From poor law to welfare State: A history of social welfare in America*, 3.^a d., New York, 1984, p. 257.

¹³ El *Classical Legal Thought* se caracterizaba por entender el Derecho como un conjunto de normas y principios jurídicos anclados en el tradicional *common law*, y por ello, considerados axiomas inalterables. Como señala J. I. SOLAR CAYÓN, este pensamiento se corresponde por completo con la máxima del *rule of law* anglosajón, esto es, «con un gobierno de leyes, no de hombres». De manera que la función judicial se reduce a una mera labor de subsunción del conflicto planteado en la institución jurídica correspondiente (*El Realismo Jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, 2004, pp. 60 y 61). Para profundizar sobre el *Classical Legal Thought*, vid. también J. I. SOLAR CAYÓN, *Política y Derecho en la era del New Deal. Del Formalismo al Pragmatismo Jurídico*, Madrid, 2002, pp. 13 a 88.

midad con esta particular concepción del Derecho, el ordenamiento jurídico debía limitarse a garantizar la natural autorregulación de la economía, así como el libre ejercicio de los derechos individuales de los propietarios, pero en ningún caso interferir en su funcionamiento¹⁴. En esta misma línea, la relación laboral era interpretada como una manifestación más del principio de libertad contractual basada en la regulación de los derechos de propiedad de las partes. En consecuencia, no se reconocía al trabajador como parte débil del contrato de trabajo respecto de la posición del empresario, sino que ambos eran tratados como iguales¹⁵.

En sintonía con este pensamiento, los trabajadores no gozaban de derechos laborales, se encontraban en total desprotección frente a las medidas que adoptaban sus empresas, que por el contrario, tenían prácticamente total libertad para tomar cualquier decisión. Esta situación generó durante décadas una gran conflictividad laboral. Los trabajadores mostraban su descontento a través de las huelgas que desembocaban en episodios de extrema violencia¹⁶. Esta realidad, aunque se suavizó en los años que EE.UU. participó en la I Guerra Mundial, se reanudó una vez finalizada la misma¹⁷.

¹⁴ D. M. TRUBEK reduce a tres, las notas definitorias del *Classical Legal Thought*: a) Su concepción individualista de las personas; b) su liberalismo económico y; c) su formalismo jurídico, junto con su visión de un proceso judicial completamente transparente («The Handmaiden's Revenge: On reading and using the newer sociology of civil procedure», *L & C.P.*, vol. 51, n.º 4, 1988, pp. 112 a 115).

¹⁵ Respecto a esta cuestión, debe destacarse la denominada *doctrina Lochner*, elaborada por el Tribunal Supremo, según la cual, todas las leyes que protegieran o beneficiaran al trabajador en su relación contractual con el empresario, eran inconstitucionales por ser contrarias a la cláusula del *due process of law*. En cuanto al caso *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905), *vid.* M. BELTRÁN DE FELIPE, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2.ª ed., Madrid, 2006, pp. 172 a 185.

¹⁶ Esta situación de conflicto continuo resentía la productividad, perjudicaba la economía estadounidense. Por ello, el Gobierno Federal adoptó, entre otras medidas, mecanismos para la resolución de estos conflictos. Tal y como indican J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, en 1898 se aprobó la primera Ley que preveía la mediación como método para la solución de disputas laborales, la llamada *Erdman Act (A history of alternative dispute resolution: The story of a political, cultural and social movement*, San Francisco, 2004, p. 99). La citada Ley estableció: a) una mediación llevada a cabo por dos personas, representantes cada una de ellas, de las partes enfrentadas (trabajador-empresario) y; b) que la celebración de la mediación dependiera de la petición de cualquiera de las partes, también del trabajador. Aunque fue un importante avance, la conflictividad laboral continuaba, porque los trabajadores seguían sin gozar de la libertad de sindicación, ni del derecho a la negociación colectiva.

¹⁷ Durante los años 1917 y 1918, período en el que EE.UU. participó en la I Guerra Mundial, existió una demanda adicional en muchos sectores de producción, si bien, la mano de obra era escasa por la reducción de la inmigración, y porque muchos hombres se unieron al ejército. Con ambas circunstancias, era evidente que el país no podía permitirse tantas huelgas y cierres patronales. Por ello, los representantes de los empresarios y los trabajadores, con ayuda del gobierno, llegaron a un acuerdo de cooperación para garantizar cierta paz social, se concedieron derechos a los trabajadores, y se creó una comisión para resolver las eventuales disputas que surgieran como consecuencia de dicho acuerdo, se estableció así, la primera *War Labor Board*. Sin embargo, una vez finalizada la Guerra, los

En este contexto de desigualdad social y laboral, Franklin Delano Roosevelt ganaba las elecciones a la presidencia estadounidense del 8 de noviembre de 1932, y con él se ponía en práctica el denominado *New Deal*. Un conjunto de medidas adoptadas con el fin de superar la tremenda crisis que asolaba EE.UU., a la vez que intentaba asegurar un auténtico bienestar a sus ciudadanos. Todo ello desencadenó una serie de cambios políticos, económicos, sociales y filosóficos que propiciaron la práctica de la mediación moderna en el ámbito laboral.

A) La trascendental influencia del *New Deal* en el resurgimiento de la mediación

El *New Deal* implicó decisiones, principalmente, de índole económica, esto es, destinadas a reestructurar todo el mercado, aminorando la vulnerabilidad del sistema hacia los ciclos económicos. Asimismo, también hubo otras medidas de naturaleza social, como los subsidios para desempleados, los programas de fomento del empleo, la proclamación de ciertos derechos para los trabajadores o el establecimiento de un sistema de seguridad social. Sin embargo, para llevar a cabo estas políticas, el Gobierno Federal tuvo que adoptar un papel intervencionista, que nunca antes había desempeñado¹⁸.

A pesar de que, en un primer momento, el Tribunal Supremo declaró algunas de las medidas legislativas impulsadas por Roosevelt como contrarias a la Constitución¹⁹, acabó cediendo y declarando constitucionales los dos pilares fundamentales del *New Deal*: la *Social Security Act*, de 14 de agosto de 1935²⁰ y; la *National Labor Relations Act*, de 5 julio de 1935, tan importante para el

derechos concedidos a los trabajadores se disiparon. Vid. J. T. BARRETT, «Interest based bargaining: A new mediator tool at FMCS», *mediationhistory.org*, pp. 1 y 2; J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 106 a 108.

¹⁸ Vid. P.K. CONKIN, *The New Deal*, 2.ª ed., Illinois, 1975, pp. 20 y 21; G.A. RITTER, *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, trad. J. ABELLÁN, Madrid, 1991, pp. 173 a 176. Para profundizar sobre las políticas desarrolladas por cada uno de los Estados norteamericanos a raíz del *New Deal*, vid. J. BRAEMAN, R. H. BREMNER, D. BRODY (eds.), *The New Deal: The state and local levels*, Vol. I, Vol. II, Columbus, 1975.

¹⁹ Vid. W. E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt...*, *op. cit.*, pp. 231 y 232; W. E. LEUCHTENBURG, *The Supreme Court reborn. The constitutional revolution in the age of Roosevelt*, New York, Oxford, 1995, pp. 214 a 216; J.I. SOLAR CAYÓN, *Política y Derecho en la era...*, *op. cit.*, pp. 145 y 146.

²⁰ Vid. 42 U.S.C. §§ 301 et seq. Existieron dos sentencias importantes en cuanto a la declaración de constitucionalidad de esta Ley: *Steward Machina Company c. Davis*, 301 U.S. 548 (1937); *Helvering c. Davis*, 301 U.S. 619 (1937). Para profundizar sobre el contenido de la *Social Security Act*, vid. R. H. BREMNER, «The New Deal and Social Welfare», en H. SITKOFF (ed.), *Fifty Years Later: The New Deal evaluated*, Philadelphia, 1985, pp. 76 a 82; P. K. COKIN, *The New...*, *op. cit.*, pp. 51 a 53 y 59; J. LEIBY, *A history of social...*, *op.*

desarrollo de la mediación laboral²¹. El citado Tribunal, modificando su propia doctrina, entendió que la libertad contractual no era una libertad absoluta, sino que podía ser limitada a través de medidas legislativas²². De esa manera, también se empezaba a vislumbrar un cambio en el pensamiento jurídico, abandonando el *Classical Legal Thought* para comenzar a desarrollarse el *Realismo Jurídico Americano*.

Ambos extremos, la *National Labor Relations Act* y el *Realismo Jurídico Americano* se constituyeron como importantes influencias para el desarrollo de la mediación laboral, y en consecuencia, como antecedentes históricos al nacimiento del denominado «movimiento ADR».

a) *El Realismo Jurídico Americano*

La falta de sintonía entre la realidad socio-política imperante en los años treinta, y la jurisprudencia eminentemente formalista del Tribunal Supremo no sólo generó una crisis profunda entre la Administración Roosevelt y el citado Tribunal, sino que dio lugar a la consolidación del *Realismo Jurídico Americano*²³. Esta corriente de pensamiento fue pieza clave para el origen de la mediación, y el posterior avance de los ADR. El *Realismo* coadyuvó al surgimiento de la mediación laboral, primer ámbito en el que se practicó esta vía de resolución de disputas, tal y como hoy la concebimos.

Aunque el *Classical Legal Thought* estuvo presente hasta finales de la década de 1930, no es menos cierto que desde los primeros años del siglo XX, antes de nacer el llamado *Realismo Jurídico Americano*, comenzaron a brotar ciertas opiniones críticas que rei-

cit., pp. 234 y 235; W.E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt...*, *op. cit.*, pp. 132 y 133; W. I. TRATTNER, *From poor law...*, *op. cit.*, pp. 276 y 277.

²¹ *Vid.* 29 U.S.C. §§ 151 et seq. En este sentido, la sentencia más significativa fue: *National Labor Relations Board c. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 379 (1937). Para conocer más detalles de dicha sentencia, *vid.* M. BELTRÁN DE FELIPE, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo...*, *op. cit.*, pp. 244 a 251.

²² La modificación de la doctrina *Lochner* se materializó en la sentencia *West Coast Hotel Company c. Parrish*, 301 U.S. 1 (1937) de 29 de marzo de 1937. Para profundizar sobre dicha sentencia, *vid.* M. BELTRÁN DE FELIPE, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo...*, *op. cit.*, pp. 240 a 244.

²³ El *Realismo Jurídico Americano* fue una corriente de pensamiento caracterizada por entender que el Derecho positivo no estaba formado por axiomas o normas ideales, sino que el Derecho debía concebirse como un instrumento más a la hora de resolver los conflictos, y para ello, debía estar inspirado en los problemas reales de la sociedad, en definitiva, amoldarse a ellos. En cuanto al *Realismo Jurídico Americano*, *vid.* J. I. SOLAR CAYÓN, *El Realismo Jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, 2004; J. I. SOLAR CAYÓN, «El Concepto de Derecho en el Realismo Jurídico Americano. Una reinterpretación», en AA.VV., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos Jurídicos*, Santander, 2002.

vindicaban una perspectiva más social y pragmática del Derecho. En este sentido, Oliver Wendell Holmes y Roscoe Pound fueron dos de los juristas más influyentes.

O. W. Holmes fue el primero en defender una concepción instrumental del Derecho. El ordenamiento jurídico no tenía que ser tan rígido y axiomático, sino que las normas debían adaptarse a las condiciones sociales de cada momento. Por esta razón, los tribunales no debían proceder a una mera aplicación lógico-deductiva de las disposiciones jurídicas, sino que también debían tener en cuenta las cuestiones sociales y de política legislativa²⁴.

Años después, R. Pound continuó sosteniendo una visión instrumental del Derecho a través de la denominada *jurisprudencia sociológica*²⁵. Situó como núcleo central de su visión del Derecho, que éste respondiera a los intereses y necesidades sociales, esto es, que el principal factor a tener en cuenta a la hora de aplicar las normas jurídicas fuera sus consecuencias para la sociedad y las personas afectadas. Esta concepción del Derecho, desarrollada por R. Pound a lo largo de los años, ya comenzó a ser vislumbrada en 1906, cuando pronunció su memorable discurso *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* ante la *American Bar Association*. En esta ponencia, R. Pound llamó la atención sobre la aplicación mecánica de las leyes por parte de los jueces, el gran distanciamiento entre el Derecho y la sociedad, el espíritu excesivamente individualista y competitivo del *common law* y de su forma de regular el proceso judicial, así como el desinterés de los jueces por los problemas de las personas²⁶. Este discurso, fríamente aceptado en su momento²⁷, obtuvo el reconocimiento que se merecía mucho tiempo después, en 1976, con la célebre *The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*, porque

²⁴ Holmes no sólo creía que esta debía ser la forma de funcionamiento del Derecho, sino que entendía que de alguna forma así se producía en la práctica, esto es, que las decisiones judiciales no eran nunca un producto puramente lógico, sino que siempre se tenían en cuenta otras circunstancias exógenas, aunque fuera incluso de forma inconsciente, *vid.* AA.VV., «Developments in the Law: The paths of civil litigation», *Harv. L. Rev.*, vol. 113, n.º 7, 2000, pp. 1755 y 1756; O. W. HOLMES, «The path of the Law», *Harv. L. Rev.*, vol. 10, n.º 8, 1897, pp. 457 a 478.

²⁵ R. Pound fue Decano de la Facultad de Derecho de Harvard, de 1916 a 1936. A él se debe la famosa expresión «*law in books, law in action*», que refleja la diferencia entre el antiguo *Classical Legal Thought* y la *jurisprudencia sociológica* en la que él creía. Dicha frase constituyó el título de uno de sus artículos, *vid.* R. POUND, «Law in books and Law in action», *ALR*, vol. 44, 1910, pp. 12 a 36.

²⁶ Todos estos aspectos reseñados por R. Pound, también fueron criticados por el *Realismo Jurídico Americano*, *vid. ad. ex.*, J. M. FRANK, *Law and the modern mind* (1930), Gloucester, 1970; J. M. FRANK, *Courts on trial: Myth and reality in american justice* (1949), Princeton, 1973.

²⁷ La citada conferencia fue muy atrevida, no se debe olvidar que durante esa época el *Classical Legal Thought* estaba en pleno auge, muestra de ello es que sólo un año antes, en 1905, había sido dictada la sentencia *Lochner*.

precisamente es este acontecimiento, donde la doctrina fija el nacimiento del llamado «movimiento ADR»²⁸.

Las citadas reivindicaciones expuestas por O.W. Holmes y R. Pound adelantaban la llegada de una corriente de pensamiento absoluta e íntimamente vinculada con el *New Deal*: el *Realismo Jurídico Americano*. La razón de esta unión, se encontraba en uno de los postulados principales de dicho movimiento: la defensa de una concepción funcional y social del Derecho. De manera que el Derecho, como instrumento al servicio de la sociedad, debía servirse también de las políticas legislativas de cada momento, si quería resolver realmente las disputas en cuestión, que aunque jurídicas, normalmente tenían también una base social. Sin duda, esta concepción se ajustó perfectamente al *New Deal*, que comenzaba a realizar una política directa y activa, intentando paliar las necesidades sociales y económicas del momento²⁹.

La unión de esta forma tan directa y efectiva de tomar decisiones políticas por parte del *New Deal*, y de los postulados jurídicos tan innovadores planteados por el *Realismo*, junto con la finalidad central de solventar de manera eficiente y real todo conflicto que se planteara, supuso un gran impulso para la *resolución alternativa de disputas*. Se crearon un gran número de *Administrative Agencies* para poner en práctica y ejecutar todas las nuevas medidas que se estaban adoptando por parte de la Administración Roosevelt. Dichas agencias no sólo tenían funciones ejecutivas, legislativas y sancionadoras, sino que también gozaban de la facultad para resolver las disputas surgidas en el ámbito de su competencia³⁰. Algunas de estas agencias, sobre todo las relativas al ámbito laboral, fueron las que más impulsaron, a partir de los años treinta y cuarenta, el uso de la mediación³¹.

b) *La mediación laboral*

La *National Labor Relations Act*, aprobada durante el *New Deal*, fue fundamental para la mediación laboral. A través de la citada Ley, se reconoció a los trabajadores la libertad de sindicación y el derecho a la negociación colectiva³². Además, se creó el *National Labor Relations Board*, una comisión cuyo fin principal era evitar

²⁸ Vid. *infra*, apartado II. 2 de este trabajo.

²⁹ Vid. J. I. SOLAR CAYÓN, *El Realismo Jurídico de...*, *op. cit.*, pp. 76 a 83.

³⁰ Vid. En cuanto a estas agencias, vid. L. M. FRIEDMAN, *Introducción al derecho...*, *op. cit.*, pp. 126 a 144; M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

³¹ En este sentido, vid. *infra*, apartado II. 1. A) b) de este trabajo.

³² Vid. M. DERBER, «The New Deal and Labor», en J. BRAEMAN, R. H. BREMNER, D. BRODY, *The New Deal...*, *op. cit.*, pp. 110 a 118; W. E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt...*, *op. cit.*, pp. 150 a 152.

prácticas abusivas por parte de los patronos, y también supervisar las elecciones sindicales³³. El reconocimiento de estos derechos laborales por parte del Gobierno Federal, junto a las citadas prohibiciones establecidas para los empresarios, –entre las que se encontraba la negativa de éstos a participar en la negociación colectiva–, consiguieron que los trabajadores, por fin, detentaran una posición de igualdad respecto de la figura del patrono. Esta igualdad era premisa necesaria para conseguir la celebración de una auténtica negociación colectiva, –desde entonces obligatoria–, que a su vez, se convertía en el ámbito natural de la mediación laboral³⁴.

El rápido avance de la mediación, como instrumento para resolver las disputas surgidas en el marco de las negociaciones colectivas, se vio notablemente beneficiada por el estallido de la II Guerra Mundial. A causa de este acontecimiento, la demanda de producción aumentó de forma considerable. Tal y como ya había ocurrido durante la I Guerra Mundial, la prioridad máxima era asegurar una alta productividad, de manera que ésta no pudiera peligrar ni por huelgas ni por cierres patronales.

Aunque el *U. S. Conciliation Service* seguía funcionando, lo cierto es que éste no garantizaba de forma completa la ansiada paz social. Por ello, en marzo de 1941 se creó otra agencia, la *National Defense Mediation Board*, cuya principal función consistía en solucionar aquellos casos que no consiguieran ser solventados por el *U. S. Conciliation Service*. Sin embargo, pronto se observó la necesidad de crear una agencia con mayor atribución de competencias. Así las cosas, en enero de 1942 se fundó, en sustitución de la *National Defense Mediation Board*, la segunda *War Labor Board*.

Esta comisión se convirtió en «una segunda instancia de apelación» en relación al *U. S. Conciliation Service*. Si el acuerdo logrado a través de este órgano no llegaba a satisfacer a cualquiera de las partes, éstas siempre podrían acudir a la *War Labor Board*. Si bien, mientras que aquél se caracterizaba por tener un conjunto de mediadores experimentados en la práctica, pero con escasa formación académica, esta última estaba formada por abogados y economistas, menos familiarizados con las técnicas negociación, pero más cómodos con las clásicas actuaciones procesales. Estas parti-

³³ Para profundizar sobre esta Ley, *vid.* M. L. ARROYO VÁZQUEZ, «Un hito de la legislación laboral estadounidense: la Ley nacional de relaciones laborales o Ley Wagner», *Espacio, tiempo y forma, Serie V, H.ª Contemporánea*, n.º 15, 2002, pp. 351 a 377.

³⁴ Por todo ello, aunque en los años veinte, el *U. S. Conciliation Service* no lograba gestionar al año más de 600 casos, en 1938, cuando la *National Labor Relations Act* se encontraba ya en pleno funcionamiento, este número aumentó, llegando a realizarse 4.321 mediaciones durante ese año, *vid.* J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 120 y 121.

cularidades propias de los componentes de la *War Labor Board*, junto con su carácter de «segunda instancia», hicieron que dicha comisión, aunque estuviera autorizada para realizar mediaciones, se dedicará sobre todo a llevar a cabo arbitrajes³⁵.

Sin embargo, con el fin de la guerra, desaparecieron las circunstancias económicas extraordinarias derivadas de la misma, y junto a ellas, la cooperación entre los empresarios y los sindicatos también terminó. Ante la nueva coyuntura económica, las posiciones de los sindicatos y de los empleadores se distanciaron, pero ahora algo había cambiado, los primeros tenían mucho más poder que en épocas anteriores, de modo que la conflictividad laboral también fue más notoria. Esta situación era insostenible, una nueva reforma laboral se entendía necesaria. Esta renovación, que supuso a su vez la reforma de la *National Labor Relations Act*, se materializó en la llamada *Labor Management Relations Act*, de 23 de junio de 1947³⁶.

El símbolo de la citada Ley se encuentra en la creación del *Federal Mediation and Conciliation Service*, en adelante FMCS³⁷. Esta agencia independiente sustituyó al *U. S. Conciliation Service*. Uno de los nuevos preceptos más importantes era el que establecía el deber de informar al FMCS cuando cualquiera de las partes quisiera modificar o renegociar un convenio colectivo. Gracias a esta

³⁵ Efectivamente, la *War Labor Board* realizó también mediaciones, si bien, esa autoridad de árbitros, provocaba un efecto pésimo en el desarrollo de la mediación. Esto fue duramente criticado por los mediadores del *U.S. Conciliation Service*, acostumbrados a conseguir acuerdos por las técnicas propias del arreglo de controversias, no por la intimidación que generaba la eventual conversión de los mediadores en árbitros (*vid. J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, A history of alternative... , op. cit.*, p. 122). En cambio, la labor realizada por la *War Labor Board*, en relación con el arbitraje, debe ser destacada favorablemente, porque formó a muchos árbitros y ayudó a extender el arbitraje como otro de los métodos para resolver conflictos. Teniendo en cuenta esta realidad, es importante resaltar la dicotomía entre «primera instancia – mediación», y «segunda instancia – arbitraje». Una relación que en este momento se comenzaba a vislumbrar, pero que en el futuro sería construida de una forma mucho más elaborada y completamente consciente, especialmente en el comercio internacional: el med-arb.

³⁶ *Vid.* 29 U.S.C. §§ 141 et seq. A través de sus disposiciones, la negociación colectiva y la mediación fueron fomentadas como las vías más adecuadas para resolver las disputas entre trabajadores y empleadores, *vid. C. W. MOORE, El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, 1995, p. 55.

³⁷ Es importante tener en cuenta que el Congreso consideró expresamente como opción principal la utilización de la mediación, y en cambio, rechazó el arbitraje obligatorio que ya había puesto en práctica la *War Labor Board* (*vid. S. BARONA VILAR, Solución extrajudicial... , op. cit.*, p. 56; J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative... , op. cit.*, p. 130). La principal labor del FMCS fue la práctica de mediaciones, si bien, también tenía competencia para realizar arbitrajes voluntarios. El FMCS sigue existiendo en la actualidad, si bien ya no sólo ofrece sus servicios a las disputas laborales, sino que se ha extendido a otros muchos ámbitos. En relación a la expansión del FMCS, *vid. T. BUTTS GRIGGS, «La mediación en los Estados Unidos...», loc. cit.*, en M. J. RUIZ MARÍN (dir.) *Mediación y protección de menores... , op. cit.*, p. 187; A. STRIMLING, «The federal mediation and conciliation service: A partner in international conflict prevention», *Pepp. Disp. Resol. L. J.*, 2002, pp. 425 a 431.

medida, dicha agencia estaba en continuo contacto con las partes a lo largo de todo el proceso de negociación, de manera que de forma inmediata podía intervenir, o bien por petición de una de ellas, o bien de oficio, cuando así lo estimara conveniente³⁸.

En definitiva, se construyó una presencia omnicompreensiva de agencias mediadoras de conflictos laborales en el marco de las negociaciones colectivas. Agencias que además estaban formadas por un conjunto de experimentados mediadores, forjados durante los años del *New Deal* y de la II Guerra Mundial. Todo ello, condujo a la consolidación de la mediación laboral en EE.UU.³⁹.

Este mecanismo exitoso serviría, sin duda, como prototipo a la hora de proceder a la solución de otro tipo de conflictos, que aunque muy distintos a los laborales, poseían una característica primordial en común: su origen en relaciones personales extraordinariamente complejas, caracterizadas por ser de larga duración, y por ello, necesitadas de una verdadera solución. La ocasión de trasladar este modelo a esas otras disputas llegaría en la convulsa década de los sesenta.

B) *La Civil Rights Act* de 1964 y la expansión de la mediación a otros ámbitos

En EE.UU., la década de los años sesenta siempre ha sido considerada como una época de descontento y conflicto generalizados. Fue un período caracterizado por las protestas contra la guerra de Vietnam, los disturbios estudiantiles, la lucha por los derechos civiles, así como por otros cambios de considerable repercusión para la sociedad, como el papel, cada vez más significativo, de la mujer, o la importancia que comenzaba a tener la figura del consumidor⁴⁰.

Los ciudadanos querían soluciones inmediatas para los graves problemas que sufría el país, por esta razón, y para paliar los moti-

³⁸ Vid. J. T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 130 y 131; D.L. COLE, «Government in the bargaining process: The role of mediation», *AAAPPS*, vol. 333, p. 43.

Además, tampoco se puede olvidar el papel de las agencias estatales y locales de mediación, que se habían ido creando a lo largo de los años, y que estaban encargadas de resolver las disputas laborales menores, así como de conocer la renegociación de los convenios colectivos de ámbito intraestatal o local. Vid. D.L. COLE, «Government in the bargaining process...», *loc. cit.*, pp. 46 y 47; R. A. SMITH, «The Taft-Hartley Act and state jurisdiction over labor relations», *Mich. L. Rev.*, vol. 46, n.º 5, March 1948, pp. 593 a 624.

³⁹ Por esta razón, la creación del FMCS en 1947 es punto de referencia cuando se quiere hacer mención a la primera vez que la mediación fue utilizada en EE.UU de manera formal. Vid. J. J. ALFINI, S.B. PRESS, J. R. STERNLIGHT, J. B. STULBERG, *Mediation theory...*, *op. cit.*, p. 1; R. BIRKE, L. E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America to uniform laws and mediation in cyberspace», *Am. J. Comp. L.*, vol. 50, Autumn 2002, p. 182.

⁴⁰ Vid. J. FOLBERG, «A mediation overview...», *loc. cit.*, pp. 5 y 6.

vos de dichas protestas, las autoridades comenzaron a reconocer nuevos derechos, y por ende, establecían también nuevas acciones judiciales⁴¹. Además, instituciones como la familia, la iglesia, o las comunidades, que durante muchos años, se habían encargado de resolver las pequeñas disputas surgidas entre sus miembros, habían ido perdiendo la autoridad y el rol mediador del que habían gozado, en favor del papel protector y social que había ido adquiriendo el Estado desde el *New Deal*⁴². Sin duda, la conjunción de ambas circunstancias era un perfecto caldo de cultivo para provocar una avalancha de demandas ante los tribunales⁴³.

En cualquier caso, si bien este último factor ayudó a la utilización generalizada de los ADR, sobre todo a partir de mediados de los años setenta, desde luego, no fue la causa más importante a la hora de extender la mediación a los conflictos que se estaban produciendo en la década de los sesenta. El principal motivo que detonó el interés por el uso de la mediación en este tipo de disputas, era su capacidad real para solucionarlas. Eran problemas que iban más allá de lo jurídico, se trataban de relaciones interpersonales normalmente de larga duración, donde la cuestión no consistía en ganar un litigio, que por otra parte era lento y costoso, sino en intentar que las personas enfrentadas llegaran a un acuerdo para una mejor convivencia⁴⁴.

⁴¹ El Tribunal Supremo de EE.UU., durante la presidencia de Earl Warren (1954-1969), concedió respaldo constitucional a: el derecho de asociación (*NAACP c. Alabama 1958*), el derecho a la intimidad (*Griswold c. Connecticut, 1965*), la libertad de expresión e incluso crítica a personajes públicos (*Brandenburg c. Ohio 1969* y *New York Times c. Sullivan 1964*), el derecho de manifestación y de realización de piquetes (*Edwards c. South Carolina 1963* y *Cox c. Louisiana 1965*), el derecho a utilizar las calles y otros lugares públicos para manifestarse (*Monroe c. Pape 1961*), y se amplió la libertad de prensa, se anuló leyes contra la censura y se limitó la facultad de los poderes públicos para prohibir publicaciones consideradas obscenas (*Jacobellis c. Ohio 1964*), vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo...*, op. cit., pp. 72 a 77.

⁴² Vid. F.E.A. SANDER, «Varieties of Dispute Processing», en A. L. LEVIN, R. R. WHEELER, *The Pound Conference...*, op. cit., p. 68. En EE.UU, incluso antes de desarrollarse la mediación laboral, diversas comunidades se encargaban de resolver los pequeños conflictos interpersonales que surgían entre sus miembros. Ejemplo de ello es la comunidad judía que creó en 1920 la *Jewish Conciliation Board*, o la comunidad china que ya realizaba este tipo de resolución amistosa de conflictos en el s. XIX, a través de la *Chinese Benevolent Association*. Vid. J. FOLBERG, «A mediation overview...», loc. cit., p. 5; A. RIPOL-MILLET, *Familias, trabajo social...*, op. cit., pp. 36 y 37.

⁴³ Vid. S. B. GOLDBERG, E. D. GREEN, F. E. A. SANDER, *Dispute resolution*, Boston, Toronto, 1985, pp. 3 y 4.

⁴⁴ Tal y como establece F. E. A. SANDER, aunque los orígenes del «movimiento ADR» sean complejos, la descongestión de los tribunales no es el factor más importante a la hora de explicar su nacimiento. Sino que el interés que surgió en los años sesenta por la utilización de los ADR, venía de las ventajas que éstos, y en especial la mediación, podían tener a la hora de resolver determinados conflictos (vid. «Family mediation: Problems and prospects», *Med. Q.*, vol. 2, 1983, pp. 3 a 5).

Así las cosas, una de las leyes federales que fueron aprobadas bajo el citado contexto fue la *Civil Rights Act*, de 2 de julio de 1964. Esta Ley tenía como principal objetivo acabar con la discriminación por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad. Pero además, y como reflejo del interés por resolver este tipo de disputas raciales y comunitarias, la citada Ley creó dos agencias: la *Equal Employment Opportunity Commission*, en adelante EEOC y, el *Community Relations Service*, en adelante CRS⁴⁵.

La EEOC se encargaba de investigar presuntas discriminaciones por razón de raza, sexo, religión, nacionalidad, edad o discapacidad en las relaciones entre empresarios y trabajadores. De manera que si se comprobaban la veracidad de las mismas, este organismo remitía los casos a mediación. Sólo si el asunto no llegaba a ser resuelto por esta vía, se preveía el planteamiento del supuesto ante los tribunales⁴⁶. Por su parte, la CRS fue concebida exclusivamente para mediar casos de discriminación racial y étnica, tan habituales en aquellos años. Estaba formada por un panel de mediadores que se ocupaban, no sólo de resolver todo tipo de conflictos comunitarios, sino también de prevenirlos mediante el fomento del diálogo entre los líderes de cada comunidad⁴⁷.

A pesar de las medidas adoptadas, lo cierto es que durante el verano de 1967, se produjo un estallido de violencia y disturbios en las principales ciudades del país⁴⁸. Esta situación tan convulsa, sin duda, recordaba a los graves boicots y huelgas protagonizados por los sindicatos durante los años veinte y treinta. Protestas que, por otra parte, no cesaron hasta que se les reconoció el derecho de negociación con los empresarios⁴⁹. Este derecho a negociar colectivamente, es el que los defensores de los derechos civiles todavía no habían logrado consolidar desde la aprobación de la *Civil Rights Act* de 1964. Tanto las instituciones públicas como las privadas, no acababan de aceptar su legitimidad para negociar con ellas sobre sus intereses y reivindicaciones⁵⁰.

⁴⁵ Esta Ley es fundamental para la expansión de la mediación, no sólo por su propio contenido, sino porque gracias a ella, se aprobaron otras muchas leyes estatales de similar contenido, y por ello también, de fomento de la mediación. Vid. 42 U.S.C. §§ 2000 et seq.

⁴⁶ Vid. J. T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., pp. 148 y 149.

⁴⁷ Vid. J. J. ALFINI, S.B. PRESS, J. R. STERNLIGHT, J. B. STULBERG, *Mediation theory...*, op. cit., p. 8; C.W. MOORE, *El proceso de mediación...*, op. cit., pp. 56 y 57. Los mediadores del CRS, recibieron formación, precisamente, del FMCS, vid. *supra*, apartado II. 1. A) b) de este trabajo.

⁴⁸ Vid. J. T. BARRETT, «Mediation: An alternative to violence», *J. Urb. L.*, vol. 47, p. 157.

⁴⁹ Vid. *supra*, apartado II. 1. A) b) de este trabajo.

⁵⁰ Según J. T. BARRETT, había determinados aspectos que diferenciaban a la mediación laboral, ya consolidada, con la mediación comunitaria que comenzaba a surgir. Extremos que, como había ocurrido en el ámbito laboral, sólo se adquirían con el tiempo. Las principales carencias eran: a) que aún no se aceptara a los líderes sindicales como parte

Ante la gravedad de los hechos del año 1967, desde la Administración Federal se animó a todo tipo de instancias a que utilizaran la mediación como mecanismo para resolver estas disputas socialmente tan complejas, lo cual supuso un gran avance para la aceptabilidad de los líderes de los derechos civiles como partes en la indispensable labor negociadora que conlleva dicho método⁵¹.

Asimismo, otro factor que colaboró en el desarrollo de la mediación comunitaria fue el surgimiento, en 1964, del *Law and Society Movement*⁵², esto es, la escuela que pretendió describir y explicar el Derecho en términos sociales⁵³. Este pensamiento, al igual que su antecedente directo, –el *Realismo Jurídico Americano*–, intentó atraer el denominado «*law in books*» a la sociedad, a la práctica real del Derecho, y de ese modo, lograr una óptima eficacia del mismo⁵⁴. Debido a este planteamiento de partida, un área que siempre tuvo especial interés para este movimiento, era el relativo al funcionamiento real de los tribunales y a los cambios sociales que se iban produciendo en torno a este extremo. En este sentido, se debe destacar la preocupación del *Law and Society Movement* por el pésimo impacto del proceso judicial sobre el mantenimiento de relaciones interpersonales de larga duración. Todo ello, llevó a un estudio profundo de la mediación, así como a una defensa de la misma, sobre todo, en lo que se refiere al ámbito comunitario⁵⁵.

legitimada para negociar; b) que todavía no existiera una forma de elegir a un único representante para cada comunidad o grupo, legitimado por todos sus miembros, porque sólo así podía llegar a ser viable una mediación y; c) era necesario que los propios líderes comunitarios comenzaran a adquirir técnicas negociadoras, esto es, que empezaran a acordar con sus miembros demandas específicas, y que aprendieran a saber sacrificar algunas reivindicaciones por otras (vid. «Mediation: An alternative...», *loc. cit.*, pp. 157 a 163 y «Mediation in civil rights disputes», *Mon. Labor Rev.*, vol. 90, 1967, pp. 44 a 46).

⁵¹ Vid. J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 151 y 152.

⁵² Aunque en 1964 nació la Asociación, la creación de la *Law and Society Review* en 1966, fue, realmente, el acontecimiento con el que esta corriente de pensamiento se dio a conocer.

⁵³ Así lo definió L. M. FRIEDMAN, máximo exponente de este movimiento, en las primeras líneas de su artículo «The Law and Society Movement», *Stan. L. R.*, vol. 38, n.º 3, 1986, pp. 763 a 780.

⁵⁴ Para conocer el *Law and Society Movement*, vid. C. MENKEL-MEADOW, «Taking Law and... really seriously: Before, during and after «The Law»», *Vand. L. Rev.*, vol. 60, n.º 2, 2007, p. 570.

⁵⁵ Vid. J. BRIGHAM, C. HARRINGTON, «Realism and its consequences: An inquiry into contemporary sociological research», *Int'l. J. Sociol. Law*, vol. 17, 1989, pp. 41 a 62; C. HARRINGTON, «Socio-Legal concepts in mediation ideology», *Legal Studies Forum*, vol. IX, n.º 1, 1985, pp. 33 a 38; C. HARRINGTON, «Alternative dispute resolution and social science», *Social Epistemology*, vol. 5, n.º 1, 1991, pp. 26 a 29; A. SARAT, M. CONSTABLE, D. ENGEL, V. HANS, S. LAWRENCE, *Crossing boundaries: Traditions and transformations in Law and Society research*, Illinois, 1998, pp. 31 y 32; D.M. TRUBEK, «The handmaiden's revenge...», *loc. cit.*, pp. 128 a 130.

a) *La mediación comunitaria*

Tomando en consideración la iniciativa emprendida por la *Civil Rights Act*, y en respuesta a la gran preocupación de la Administración Federal por la situación social tan crispada del país, se comenzaron a instaurar centros de mediación comunitaria tanto por los gobiernos estatales y locales, como por fundaciones de ámbito nacional, estatal y local. Reflejo de este fenómeno fue la *Ford Foundation*, que, entre otras iniciativas, creó en 1968 el *National Center for Dispute Settlement*, en adelante NCDS.

El NCDS comenzó a mediar las disputas vecinales y raciales, siguiendo el modelo que había triunfado en los conflictos entre trabajadores y empresarios⁵⁶. La labor de sus miembros ayudó a extender la mediación comunitaria por todo el país⁵⁷. Dicha expansión se manifestó en diversos ámbitos:

En primer lugar, la forma de organizar las actividades mediadoras empezó a diversificarse extraordinariamente. Además de las sesiones ordinarias de mediación, algunos mediadores optaron por crear sesiones de mediación maratónicas, esto es, reunían a todas las partes en conflicto, de tal forma que hasta que no se solucionaban las diferencias entre ellos, la mediación no terminaba. Asimismo, en Philadelphia se creó lo que puede considerarse como el primer *multi-door courthouse program*, consistente en derivar a mediación, los casos comunitarios que iban llegando a los tribunales⁵⁸. En segundo lugar, los miembros del NCDS no sólo mediaban los conflictos que se les presentaban, sino que también se encargaron de concienciar a los ciudadanos y líderes comunitarios de la utilidad de este instrumento; y de formar nuevos mediadores, ciudadanos que voluntariamente mostraban un especial interés por esta labor⁵⁹. Por último, el campo de actuación de la mediación se amplió. El NCDS no sólo ayudó a desarrollar programas para mediar conflictos vecinales, sino también escolares. Es importante tener en cuenta que los episodios

⁵⁶ Vid. S. B. GOLDBERG, E. D. GREEN, F. E. A. SANDER, *Dispute...*, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

⁵⁷ Como reflejo de dicha innovación, el NCDS fundado en Washington D.C, aunque fue creado por una subvención de la *American Arbitration Association*, en adelante la AAA, al principio fue completamente independiente, esto es, se encontraba completamente desvinculado de la citada asociación. Esto fue así, porque la AAA tenía miedo de que este «experimento» pudiera dañar su reputación. Vid. J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, p. 152.

⁵⁸ Este programa tan original se denominó *Philadelphia 4.^a* vid. J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, p. 153.

⁵⁹ Vid. T. BUTTS GRIGGS, *La mediación en los Estados Unidos...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 192. La formación de mediadores era fundamental para el éxito de las mediaciones comunitarias, sobre todo de las que versaban sobre conflictos raciales, porque apenas había mediadores de raza negra. De hecho, en 1960, un organismo tan consolidado como el FMCS, sólo tenía 4 mediadores de raza negra. Vid. J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

de discriminación racial eran muy frecuentes en los centros educativos. Por ello, muchos miembros del NCDS decidieron focalizar su esfuerzo en el fomento de la mediación dentro de las escuelas⁶⁰.

En pocos años se observó la considerable utilidad de la mediación y su gran servicio a la comunidad⁶¹. La mediación se erigió como un método eficiente y de fácil adaptación a las controversias. Caracterizado porque en él, las partes tenían un verdadero protagonismo, ellas tomaban las decisiones, y por esta razón, eran ellas las que llegaban a un acuerdo que de verdad resolvía el conflicto planteado⁶².

Además, aunque el éxito de la mediación comunitaria, en un principio, sólo fue percibido por aquellos más cercanos a los conflictos raciales y vecinales –como los trabajadores sociales–, años después comenzó a ser advertido también por los órganos jurisdiccionales y los abogados. Los motivos que llevaron a producir la extensión de la mediación comunitaria al ámbito judicial fueron: la expansión de la mediación a materias como la familiar, –donde conflictos como el divorcio siempre se habían llevado ante los tribunales–, y de forma paralela, el continuo crecimiento de demandas ante los tribunales, que provocó la celebración de la Conferencia Pound, y por ende, el nacimiento del «movimiento ADR». Como consecuencia, dichos acontecimientos supondrían su instauración definitiva en el ordenamiento jurídico estadounidense.

b) *La mediación familiar*

La posibilidad de resolver las disputas de naturaleza familiar a través de mecanismos «informales» siempre ha tenido un claro antecedente en EE.UU: el *Family Conciliation Court* de California, que ya en 1939, ofrecía servicios de conciliación. Si bien, no

⁶⁰ Vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Madrid, 2006, p. 200. Las mediaciones escolares no sólo se llevaban a cabo por mediadores profesionales, sino también por los propios estudiantes, en otras palabras, se comenzó a experimentar con la denominada *peer mediation*, o mediación entre iguales, vid. C.W. MOORE, *El proceso de mediación...*, op. cit., p. 57; J. J. ALFINI, S. B. PRESS, J. R. STERNLIGHT, J. B. STULBERG, *Mediation theory...*, op. cit., pp. 17 y 18.

⁶¹ Tal es así, que la *Law Enforcement Assistance Administration*, aprobada en 1968, estableció, de una forma ciertamente experimental, que determinados hechos delictivos u ofensas de poca importancia, fueran tratados a través de procedimientos de mediación.

⁶² Tal fue su éxito, que en 1974, el director del FMCS, Bill Usery, decidió extender el campo de actuación del citado organismo. Instituyó la *Office of Technical Service*, esta oficina se encargaba de proporcionar formación para mediar en numerosas agencias federales, como el CRS y la EEOC, vid. J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., pp. 168 a 170. Además, en 1975, el NCDS, por fin, se convierte en parte formal de la AAA, pasando a llamarse *Community Disputes Services*. Sin embargo, la mediación escolar tendría que esperar algún tiempo más para su afianzamiento, de hecho, su uso no se generalizó hasta la década de los ochenta, vid. J. J. ALFINI, S. B. PRESS, J. R. STERNLIGHT, J. B. STULBERG, *Mediation theory...*, op. cit., pp. 17 y 18.

era tanto para hacer que el divorcio de una pareja fuera amistoso, sino para intentar reconducir el problema matrimonial en orden a lograr la reconciliación de los cónyuges⁶³. No obstante, el verdadero desarrollo de la mediación familiar estadounidense comenzó en la década de los sesenta. A lo largo de estos años, los divorcios aumentaron, y las consecuencias derivadas de éstos, –como la guardia y custodia de los hijos–, empezaron a crear muchas dificultades. Esta situación hizo que las rupturas matrimoniales dejaran de verse como una cuestión eminentemente jurídica, para también concebirse como un problema de índole personal, si cabe, más complejo⁶⁴.

En los primeros años de la década de los sesenta, algunos funcionarios de los juzgados de familia comenzaron a experimentar con mecanismos informales de resolución de conflictos con el fin de reconciliar a los matrimonios. Sin embargo, esto sólo fue el principio de un cambio mucho más profundo. El 4 de septiembre de 1969, California aprobaba el divorcio no culpable, a partir de entonces, muchos otros Estados adoptaron la misma medida⁶⁵. Este hecho trajo consigo importantes consecuencias para la mediación, y especialmente, para su relación con el poder judicial de EE. UU.

La primera y más inmediata consecuencia fue la transformación en la manera de percibir la mediación. Este método comenzó a verse como una herramienta para que los cónyuges, que irremediablemente iban a pasar por un divorcio, pudieran sobrellevar sus efectos de la forma más amistosa posible, sobre todo, en aquellas cuestiones más delicadas, como la guarda y custodia de los hijos⁶⁶. Sabían que a través de la obtención de un acuerdo entre los padres sobre el citado extremo, se cumplía de un modo más apropiado con los intereses del menor. Generando un resultado mucho más satisfactorio que una resolución judicial, generalmente más impersonal.

En segundo lugar, otro factor que influyó en el desarrollo de la mediación fue el aumento del número de causas de divorcio, en tanto que al eliminar el elemento de la culpabilidad, muchas personas se sintieron más libres de iniciar la disolución de su matrimonio. Además, no sólo se incrementó el número de procesos de este

⁶³ Vid. J. FOLBERG, «A mediation overview...», *loc. cit.*, p. 6.

⁶⁴ Vid. A. RIPOL-MILLET, *Familias, trabajo social...*, *op. cit.*, pp. 74 y 75.

⁶⁵ Vid. *California Civil Code* §§ 4000-5100. La expansión del divorcio no culpable fue tal que, para 1977, otros nueve Estados ya habían aprobado sendas leyes recogiendo tal extremo. Para finales de 1983, sólo el Estado de Nueva York y de Dakota del Sur seguían sin adoptar dicha medida.

⁶⁶ En estos primeros años de práctica de la mediación familiar, sólo era objeto de dicho mecanismo las cuestiones relativas a los hijos. Los asuntos exclusivamente económicos, seguían dejándose para los abogados y los tribunales, *vid.* R. BIRKE, L. E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», *loc. cit.*, p. 183.

tipo, sino que éstos, debido a la falta de adaptación de las normas procesales a la modificación de la ley sustantiva, se habían quedado obsoletos, esto es, eran demasiado lentos⁶⁷.

Estas dos últimas circunstancias fueron la principal causa que consiguió unir dos mundos que, en principio, habían estado tan separados. Los abogados, y especialmente los jueces, comenzaron a ver en la mediación un mecanismo factible para la resolución de los conflictos familiares. En primer lugar, porque empezaron a conocer las experiencias tan exitosas que ya se estaban teniendo a través de la mediación comunitaria. Y en segundo lugar, porque vieron en la mediación una forma económica, rápida y satisfactoria de resolver estos litigios, una ayuda para un sistema judicial que era incapaz de proporcionar un adecuado acceso a la justicia⁶⁸. En conclusión, se estaban dando las condiciones y premisas necesarias para la llegada del denominado «movimiento ADR», esto es, para la aceptación de la mediación y de otros métodos alternativos, como instrumentos aptos de resolución de conflictos, y ello no sólo en orden a resolver las disputas comunitarias y familiares, sino todo tipo de litigios⁶⁹.

2. LA CONFERENCIA POUND: EL NACIMIENTO DEL LLAMADO «MOVIMIENTO ADR»

La mayor parte de la doctrina está de acuerdo en afirmar que el nacimiento del «movimiento ADR» tuvo lugar en abril de 1976, con la celebración de la ya antes mencionada *The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*, o Conferencia Pound⁷⁰. La finalidad de esta reunión era examinar, discutir y proponer soluciones a las ineficiencias del sistema judicial estadounidense. Pues bien, una de las medidas planteadas fue la instauración de los ADR

⁶⁷ Vid. J. FOLBERG, «A mediation overview...», *loc. cit.*, p. 6; J. BLADES, «Mediation: An old art revitalized», *Med. Q.*, n.º 3, March 1984, pp. 60 a 62.

⁶⁸ No se debe olvidar, que no sólo se produjo un crecimiento en las causas de divorcio, sino que la multiplicación de causas judiciales fue generalizada, *vid. supra*, apartado II. 1. B) de este trabajo.

⁶⁹ Aunque en un principio la mediación familiar sólo se utilizó para los supuestos de divorcio, posteriormente también serviría para resolver conflictos entre padres e hijos, problemas relativos al cuidado y la convivencia con un familiar enfermo, minusválido o anciano, y disputas relativas a herencias o empresas familiares, *vid. T. BUTTS GRIGGS, La mediación en los Estados Unidos...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 203. Además, la mediación, así como otros tipos de ADR, se llegarían a utilizar en conflictos propios del ámbito penitenciario, sanitario, organizacional, penal, en las disputas relativas a pequeñas reclamaciones civiles, comerciales, interculturales, y también internacionales, *vid. K. K. KOVACH, «The evolution of mediation in the United States: Issues ripe for regulation ma shape the future of practice»*, en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, pp. 405 a 419.

⁷⁰ El nombre de este Congreso, hace honor a Roscoe Pound, *vid. A. L. LEVIN, R. R. WHEELER, The Pound Conference...*, *op. cit.*, pp. 5 a 16.

en relación con el proceso judicial, o lo que es lo mismo, la implantación de los denominados *court-annexed ADR* o *court-connected ADR*⁷¹. Esta propuesta, que fue emitida por el profesor de la Facultad de Derecho de Harvard, Frank E.A. Sander, no sólo consistía en una mera inclusión de los ADR en el ámbito de los tribunales, sino que fue más allá, a través de la exposición del célebre sistema denominado *multi-door courthouse*⁷².

Aunque en el pasado, ya se había experimentado con proyectos similares⁷³, la exposición de esta forma de entender la relación entre los ADR y los tribunales fue completamente innovadora, por su cuidadosa elaboración teórica y por su plenitud tanto en lo referente a los ámbitos susceptibles de aplicación, como en el manejo de diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos.

En primer lugar, esta idea del *multi-door courthouse* consistía en estudiar aquellos litigios que, aunque de muy distinta naturaleza, estaban caracterizados por la relación de larga duración que irremediablemente sufrían las partes. En este sentido, Sander entendía fundamental el análisis de cinco extremos: a) *la naturaleza de las disputas*, teniendo en cuenta que normalmente todas ellas siempre son muy complejas, lo cierto es que suelen tener diferentes vertientes de muy diversa índole, y por ello, son difícilmente tratables por los tribunales; b) *la relación entre los propios litigantes*, porque sin duda, cuando el vínculo entre las partes es necesariamente duradero, el tratamiento del conflicto también debe ser distinto, no es cuestión de ganar o perder, tal y como ocurre en los tradicionales procesos judiciales; c) *el montante del litigio*, porque si son reclamaciones de pequeña cantidad, no se debiera poner en acción todos los recursos humanos y materiales que implica un proceso ante los tribunales; d) *el coste*, que implica el proceso y el ADR, y por último; e) *la rapidez de los ADR* respecto del proceso judicial, circunstancia que inevitablemente interesa, y mucho, en determinados ámbitos, sobre todo en los comerciales⁷⁴. Una vez analizados

⁷¹ Esta modalidad de ADR, cuyo ejemplo más representativo es la mediación intrajudicial, consiste en que una vez planteada una demanda ante el juez, éste reenvía el asunto para que sea tratado mediante alguno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, *vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas...*, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

⁷² Curiosamente, en la exposición original de SANDER, durante la celebración de la Conferencia Pound, éste nunca habla de *multi-door courthouse*, sino que utilizó otro término, *comprehensive justice center*. La primera de las denominaciones, y desde luego la más famosa, surgió después, a raíz de una publicación que realizó la *American Bar Association* sobre el propio discurso de SANDER, *vid.* AA.VV., «A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse», *U. St. Thomas L. Rev.*, vol. 5, n.º 3, 2008, p. 670.

⁷³ *Vid. supra*, apartado II. 1. B) a) de este trabajo.

⁷⁴ Para profundizar sobre todos ellos, *vid.* F.E.A. SANDER, «Varieties of dispute processing», en A.L. LEVIN, R. R. WHEELER, *The Pound Conference...*, *op. cit.*, pp. 72 a 79; F. E. A. SANDER, «Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview», en M. FREE-

estos criterios en referencia al concreto caso presentado ante el juez, el modelo del *multi-door courthouse* estribaba en que el órgano judicial y/o las partes eligieran cuál era la mejor vía para resolver el asunto de la forma más adecuada, ajustándose a sus necesidades concretas⁷⁵.

Como el propio Sander declaró en la Conferencia Pound, este sistema no sólo servía para dar solución a determinados conflictos de una forma más eficiente, sino que tenía la finalidad de reservar a los tribunales, aquellos casos para los que realmente estaban capacitados. En definitiva, un proyecto para mejorar el acceso a los órganos jurisdiccionales, y no malgastar los esfuerzos de la Administración de Justicia, una de las causas de sus retrasos y de su mal funcionamiento.

Contra todo pronóstico, las ideas expuestas en la Conferencia Pound por Sander comenzaron a materializarse. Se creó una oficina especial en el Departamento de Justicia denominada *The Office for Improvements in the Administration of Justice*, con el fin de impulsar y analizar el avance en la aplicación de aquellos planteamientos expuestos en la citada reunión, entre ellas, la propuesta de Sander⁷⁶. Incluso la *American Bar Association*, en adelante ABA, también impulsó este proyecto mediante la constitución del inicialmente llamado *Special Committee on the Resolution of Minor Disputes*⁷⁷, con el fin de emplear la idea del *multi-door courthouse* para aquellas pequeñas demandas civiles y penales⁷⁸. Además,

MAN (ed.), *Alternative Dispute Resolution*, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1995, pp. 97 a 114.

⁷⁵ En este sentido, F.E.A. SANDER tenía en consideración multitud de tipos de ADR, si bien uno de los protagonistas, por su flexibilidad a la hora de adaptarse a cualquier controversia, era la mediación, *vid.* J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, p. 183; F. E. A. SANDER, *Varieties of Dispute...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 68 a 72. Es importante tener en cuenta que, según este proyecto del *multi-door courthouse*, la elección de un determinado ADR también dependía del momento procesal en que éste se seleccionara, *vid.* F. E. A. SANDER, L. ROZDEICZER, «Matching cases and dispute resolution procedures: Detailed analysis leading to a mediation-centered approach», *Harv. Negotiation L. Rev.*, vol. 11, n.º 1, 2006, pp. 1 a 31.

⁷⁶ El nacimiento de la citada oficina se produjo gracias a la labor de Griffin Bell, Abogado General de EE.UU. y participante en la Conferencia Pound. En cualquier caso, no fue el único impulsor, sino que el presidente del Tribunal Supremo de EE.UU, Warren Burger, cuyo mandato se perpetuó desde 1969 a 1986, también apoyó la celebración del citado Congreso, así como el uso de los ADR dentro del sistema judicial federal, *vid.* T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, p. 234; W.E. BURGER, *Agenda for 2000 A.D...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 23 a 36.

⁷⁷ Este grupo de trabajo más tarde, en 1993, se convertiría en la influyente ABA'S *Section of Dispute Resolution*. En la actualidad, esta sección destaca especialmente por el congreso anual que organizan cada primavera, y por la revista que crearon, denominada *Dispute Resolution Magazine*.

⁷⁸ En cuanto a la mediación en conflictos penales, los primeros programas se iniciaron a mediados de los años sesenta —no eran proyectos de mediación propiamente dichos, pero su finalidad y las técnicas de entendimiento entre las partes sí eran similares a la mediación—. Si bien, su expansión llegó con la celebración de la Conferencia Pound, y la creación de las citadas instituciones y de otros muchos programas estatales y locales. Para saber más sobre la evolución histórica de la mediación penal en EE.UU, *vid.* M. S. UMBREIT,

en 1977 se crearon los *Neighborhood Justice Centers*, centros encargados de la mediación comunitaria dentro del ámbito de la Administración de Justicia, uniéndose a las instituciones públicas del país, expandiéndose por todos los Estados y las localidades estadounidenses. Y en 1979 se fundó *The Center for Public Resources*, compuesto por un grupo de abogados, cuyo primer fin fue crear un programa para reducir los costes de los litigios⁷⁹.

Tras el nacimiento del «movimiento ADR», la década de los años ochenta se caracterizó por el aumento de nuevas asociaciones que practicaban y promovían todo tipo de ADR, por la instauración de los primeros programas de formación en las Universidades, así como por la consolidación de estos mecanismos de resolución de conflictos en aquellos campos de actuación en los que se había experimentado durante las décadas anteriores. Como consecuencia de todos estos progresos, se generó el contexto ideal para el siguiente paso en la evolución del «movimiento ADR», esto es, la institucionalización de la mediación a principios de los años noventa.

A) La institucionalización de la mediación

En 1982, se fundó la *Academy of Family Mediators*, en adelante AFM, cuya principal finalidad era la promoción de la mediación familiar, mediante la creación de una revista, la *Mediation Quarterly*, y el desarrollo de cursos de formación. Además, en 1983 y 1984, se crearon el *National Institute for Dispute Resolution*, en adelante NIDR y la *Hewlett Foundation* respectivamente. Organizaciones que se encargaron de financiar a otros muchos organismos que promocionaban y practicaban los ADR⁸⁰. Gracias a la labor de estas organizaciones, se consiguió incluir por completo dichos métodos tanto en el sistema judicial estadounidense, como

«The development and impact of victim-offender mediation in the United States», *Med. Q.*, vol. 12, n.º 3, Spring 1995, pp. 263 a 265. En cualquier caso, muchas de las pequeñas disputas penales también habían estado gestionándose a lo largo de los años por las organizaciones de mediación comunitaria, *vid.* K. K. KOVACH, *The evolution of mediation in the United States...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 409.

⁷⁹ Este centro, se convertiría más tarde en el *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*, más conocido como *CPR Institute for Dispute Resolution*, hoy en día, un organismo de referencia en la práctica de los ADR. En estos años también se creó el *Judicial Arbitration and Mediation Service*, en adelante JAMS, cuya actividad consistía en realizar mediaciones y arbitrajes a través de jueces ya retirados, pero con una larga experiencia a la hora de resolver disputas.

⁸⁰ El NIDR prestó una gran ayuda a la *National Association for Mediation Education*, asociación creada en 1984 y encargada de impulsar la mediación en el ámbito educativo. Por su parte, la *Hewlett Foundation* también proporcionó un considerable apoyo financiero a organizaciones tan importantes como la *Society of Professionals in Dispute Resolution*, en adelante SPIDR, la AFM o a la *National Association for Mediation Education*, *vid.* T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 216 a 223.

en la conciencia social de los ciudadanos. Esta realidad hizo que la formación en este campo comenzara a ser exigida no sólo entre psicólogos y trabajadores sociales, sino también entre abogados.

Esta circunstancia, unida a la incipiente atención que todo el sector académico había empezado a mostrar tras la Conferencia Pound, provocó la creación de muchos trabajos doctrinales⁸¹; revistas universitarias sobre los ADR⁸²; así como cursos de postgrado en diferentes Universidades⁸³.

Sin embargo, no toda la doctrina apoyaba el giro que el «movimiento ADR» había provocado en la utilización de la mediación. Una corriente de pensamiento, surgida en el año 1977 del ala izquierda y más progresista del *Law and Society Movement*, los denominados *Critical Legal Studies*⁸⁴, no defendían el citado fenómeno⁸⁵. En este sentido, el nacimiento de este movimiento supuso una vuelta al *Realismo* más puro. Pretendía demostrar la indeterminación y ambigüedad del Derecho, y exponer sus contradicciones e incoherencias, no sólo en sí mismo considerado, sino también porque la realidad la entendían como un conjunto contradictorio de intereses y necesidades políticas y sociales⁸⁶.

⁸¹ Vid. W. L. URY, R. FISHER, *Getting to Yes*, Boston, 1981; S. B. GOLDBERG, E. D. GREEN, F. E. A. SANDER, *Dispute Resolution*, Boston, Toronto, 1985; C. MOORE, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflicts*, San Francisco, 1986.

⁸² Vid. ad. ex., *Journal of Dispute Resolution*; *Ohio State Journal of Dispute Resolution* y; *Negotiation Journal*.

⁸³ Vid. ad. ex., *Program on Negotiation*, también denominado PON, de la Universidad de Harvard, y el *Institute for Conflict Analysis and Resolution* de la Universidad George Mason de Virginia.

⁸⁴ El nacimiento de los *Critical Legal Studies* se fija en 1977, con la celebración de la *Conference on Critical Legal Studies*. Esta reunión estaba principalmente formada por dos grupos, aquellos sociólogos del Derecho más progresistas, provenientes del *Law and Society Movement*, destacando entre ellos D. Trubek, y aquellos jóvenes profesores de Derecho, principalmente de Harvard y liderados por D. Kennedy, disconformes con el sistema establecido y defendido desde las Facultades de Derecho del país, vid. J. A. PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, 1996, pp. 51 a 68; M. TUSHNET, «Critical Legal Studies: A political history», *Yale L. J.*, vol. 100, n.º 5, 1991, pp. 1515 a 1537; G. E. WHITE, «From Realism to Critical Legal Studies: A truncated intellectual history», *Sw. L. J.*, vol. 40, 1986-1987, pp. 833 a 836.

⁸⁵ Se debe tener en cuenta que ambos movimientos nacen prácticamente a la vez, el «movimiento ADR» en 1976, y los *Critical Legal Studies* en 1977. Esto ha permitido que la citada corriente de pensamiento haya podido observar muy de cerca toda la evolución de los ADR. En cualquier caso, hubo autores que, al margen de dicha corriente de pensamiento, también criticaron el citado movimiento. Entre ellos destaca, especialmente, O.M. FISS. Este profesor no sólo defendía que los ADR normalmente favorecieran a la parte poderosa del conflicto, sino que acudir a estos mecanismos, evitando el proceso judicial, suponía socavar el papel creativo de los tribunales, a la hora de desarrollar soluciones innovadoras de interés público. En definitiva, significaba sacrificar la verdadera justicia a cambio de una «paz» lograda no por la libre voluntad de las partes, sino por la presión que ejerce la poderosa sobre la débil (vid. «Against settlement», *Yale L. J.*, vol. 93, n.º 6, 1984, pp. 1073 a 1090; «Out of eden», *Yale L. J.*, vol. 94, n.º 7, 1985, pp. 1669 a 1673).

⁸⁶ Para profundizar sobre el movimiento de los *Critical Legal Studies*, vid. J. A. PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento...*, op. cit., pp. 240 a 410; R. M. UNGER, «The Critical Legal Studies movement», *Harv. L. Rev.*, vol. 96, n.º 3, 1983, pp. 561 a 675.

A la vista de este programa, es lógico que los *Critical Legal Studies* se preocuparan por la transformación que estaba sufriendo la mediación, porque había pasado de tener una naturaleza eminentemente informal y alternativa, a estar completamente incorporada al sistema judicial, siguiendo el modelo del *multi-door courthouse* que Frank E. A. Sander propuso durante la renombrada Conferencia Pound.

El principal autor de las críticas vertidas por este movimiento fue Richard Abel. Este autor indicaba que los ADR, y en especial, la mediación comunitaria, lo único que habían conseguido era disuadir a los más desfavorecidos de intentar hacer valer sus derechos ante los tribunales, y en definitiva, denegarles el acceso a la justicia. R. Abel también criticaba cómo el desarrollo del «movimiento ADR» había servido para expandir el poder y el control del Estado a ámbitos a los que antes no llegaba, por ejemplo, a las disputas comunitarias. Y cómo había conseguido que los conflictos, que pudieran suponer graves desafíos para los poderes públicos y capitalistas, como los que ocurrieron en la década de los sesenta, se convirtieran en meros malentendidos, para así evitar la actitud crítica hacia las instituciones y el sistema establecido, creando una sociedad dócil, conformista y pasiva⁸⁷. Asimismo, otros autores también pusieron de manifiesto el mayor riesgo de crear situaciones de desigualdad y discriminación hacia las minorías, reivindicando en su lugar, que los ADR se celebraran sólo cuando existieran disputas entre partes con un estatus o poder similar⁸⁸.

A pesar de las citadas críticas doctrinales, el «movimiento ADR» siguió avanzando, de manera que, en respuesta a su afianzamiento se aprobaron, durante el año 1990, dos leyes federales que preveían su utilización: la *Administrative Dispute Resolution Act*, de 15 de noviembre, en adelante ADRA⁸⁹, y la *Civil Justice Reform Act*, de 1 de diciembre, en adelante CJRA⁹⁰.

La ADRA facultó a las agencias gubernamentales a utilizar los ADR en la mayor parte de las disputas administrativas. Obligó a

⁸⁷ Vid. R. ABEL, «The Contradictions of Informal Justice», en R. ABEL, *The politics of informal justice*, Vol. I, New York, 1982, pp. 267 a 320. También, J. AUERBACH, en su obra *Justice without Law?* (New York, 1983), ha expuesto estas mismas críticas. Vid. D. R. HENSLER, «Our courts, ourselves: How the alternative dispute resolution movement is reshaping our legal system», *Penn St. L. Rev.*, vol. 108, n.º 1, 2003, pp. 170 y 171; W. TWINING, «Alternative to what? Theories of litigation, procedure and dispute settlement in anglo-american jurisprudence: Some neglected classics», *Mod. L. Rev.*, vol. 56, n.º 3, 1993, pp. 380 y 381.

⁸⁸ Esta última crítica ha sido claramente manifestada y explicada por: R. DELGADO, C. DUNN, P. BROWN, H. LEE, D. HUBBERT, «Fairness and formality: Minimizing the risk of prejudice in alternative dispute resolution», *Wis. L. Rev.*, 1985, pp. 1359 a 1404.

⁸⁹ Vid. 5 U.S.C. §§ 571 et seq.

⁹⁰ Vid. 28 U.S.C. §§ 471 et seq.

que toda agencia dependiente del Gobierno estadounidense adoptara una política de promoción de los ADR. Para ello, dispuso que cada una de estas unidades nombrara a un encargado de revisar dicho fomento y su puesta en práctica⁹¹. En todo caso, y aunque no se deba minusvalorar la importancia de esta Ley, hay que tener en cuenta que muchas de estas agencias ya se encargaban de promover y llevar a cabo mediaciones desde hacía bastante tiempo, e incluso de poner en práctica otras modalidades de ADR⁹².

Por otra parte, la CJRA afectaba al funcionamiento de todo el sistema jurisdiccional federal. Estableció que los Tribunales Federales de Distrito comenzaran a implementar programas de resolución alternativa de disputas, para así reducir el coste y el retraso que existía, sobre todo, en las causas civiles⁹³. Aunque la incorporación de estos programas se hizo de forma gradual, lo cierto es que fue todo un éxito⁹⁴.

En todo caso, esta Ley debe ser completada con la promulgación de otra: la *Alternative Dispute Resolution Act*, de 30 de octubre de 1998⁹⁵. La citada Ley sí que obligaba a todo Tribunal Federal de Distrito a la inclusión de un programa de ADR. En este sentido, exigía a las partes litigantes que, al menos, consideraran la posibilidad de utilizar algún tipo de resolución alternativa de dispu-

⁹¹ En 1996, el Congreso extendió el ámbito de aplicación y mejoró ciertos extremos de esta Ley, autorizando a las agencias la realización de arbitrajes vinculantes, incrementando las materias susceptibles de ADR, además de aumentar las garantías de confidencialidad, *vid.* AA.VV., «Developments in the law...», *loc. cit.*, p. 1860; T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, p. 246. Sobre esta Ley, *vid.* G. M. MORÁN, «La mediación en EE.UU.», en E. SOUTO GALVÁN (dir.), *La mediación: un instrumento de conciliación*, Madrid, 2010, pp. 24 y 25.

⁹² Además, también en el ámbito administrativo, desde la década de los ochenta, se venía practicando el denominado *negotiated rule making* o *Reg-Neg*, esto es, un tipo de ADR llevado a cabo durante el proceso de elaboración de una norma, con el fin de que ésta logre satisfacer los intereses tanto de las agencias gubernamentales y poderes públicos, como de los ciudadanos interesados y afectados por la misma. Debido al éxito de este ADR, el Congreso estadounidense, animado por la ABA y otras organizaciones sobre la materia, aprobó en 1990 la *Negotiated Rulemaking Act*, con el fin de regular y homogeneizar esta técnica, *vid.* J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 226 a 228; K. K. KOVACH, *The evolution of mediation in the United States...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 400 y 401. También existía la figura del *Ombudsman*. Éste solía actuar en ámbitos reducidos, como municipios, regiones o universidades, resolviendo conflictos a través de cualquier tipo de ADR, actuando como mediador, conciliador e incluso como árbitro, *vid.* J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pp. 219 y 220.

⁹³ *Vid.* S. BARONA VILAR, «Aproximación al movimiento de ADR (alternative dispute resolutions) en EE.UU, R.F.A e Italia», *RCEA*, 1998, pp. 59 y 60; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, 2013, pp. 45 y 46.

⁹⁴ Para el año 1996, más de la mitad de los Tribunales Federales gozaban de algún tipo de programa de mediación, *vid.* R. BIRKE, L. E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», *loc. cit.*, p. 193; C.B. RENFREW, «Into the 21st Century», *CPR Institute for Dispute Resolution: Alternatives*, p. 7.

⁹⁵ *Vid.* 28 U.S.C. §§ 651 et seq. Sobre el contenido de esta Ley, *vid.* G. M. MORÁN, *La mediación...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

tas, al igual que también se obligaba al Tribunal a ofrecer alguno de los ADR contenidos en el programa.

No obstante, esta regulación trajo consigo algunas cuestiones controvertidas. En concreto, no contenía ninguna norma relativa a la forma de aplicar los programas de ADR por parte de los tribunales, dejando plena discrecionalidad a los jueces en lo referente al desarrollo de estos métodos alternativos. Y si bien, esta falta de regulación, se vio por algunos como un acto plenamente coherente, para así evitar la judicialización de procesos que por definición, eran completamente informales y flexibles, otros entendían que existían determinadas garantías que, efectivamente, debían ser reguladas, como la confidencialidad; la neutralidad; y la formación y cualificación del mediador⁹⁶.

Sin embargo, que esta Ley no regulara dichos extremos, no significaba que no existiera ningún tipo de ordenación al respecto. En el caso de la mediación, los principios de confidencialidad y de neutralidad, eran regulados por cada Estado, aunque la normativa era dispersa y muy distinta entre sí. Por otra parte, y en lo que se refiere a los controles de calidad de los profesionales de la mediación, lo cierto es que existía un vacío legal manifiesto, si bien, este era suplido a través de las actividades, documentos e informes elaborados por las organizaciones de ADR más importantes del país⁹⁷. Esta situación empezó a generar problemas⁹⁸. Uno de los más importantes fue el nacimiento de una cierta jurisprudencia en torno al principio de la confidencialidad, la cual establecía la obligación de los mediadores de tener que testificar en aquellos juicios posteriores a las mediaciones infructuosas en las que habían participado⁹⁹. El surgimiento de dicha jurisprudencia, junto con la insuficiente, y a veces, incorrecta regulación de la mediación por parte de los Estados, además de la presión ejercida por los mediadores, organizados a través de sus asociaciones, llevaría en pocos años a la aprobación de la *Uniform Mediation Act*, también conocida como UMA.

⁹⁶ Vid. AA. VV., «Developments in the law...», *loc. cit.*, p. 1861.

⁹⁷ La asociación que más trabajó por los estándares de calidad de los mediadores fue la SPIDR, *vid. AA. VV.*, «Developments in the law...», *loc. cit.*, pp. 1874 y 1875; J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J. R. STERNLIGHT, J. B. STULBERG, *Mediation theory...*, *op. cit.*, pp. 401 a 403.

⁹⁸ Además, no sólo se deben tener en cuenta las leyes estatales, sino también las propias regulaciones de las organizaciones y asociaciones de mediación. Así las cosas, se estima que antes de la elaboración de la UMA, en EE.UU. existían unas 300 normas reguladoras de la mediación, *vid. J. L. REICHERT*, «Bar organizations urge uniformity in mediation Law», *Trial*, n.º 35, 1999, pp. 104 y 105.

⁹⁹ Para conocer la citada jurisprudencia sobre el principio de confidencialidad, *vid. R. BIRKE, L. E. TEITZ*, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», *loc. cit.*, pp. 195 a 197.

B) La *Uniform Mediation Act* de 2001

En 1998, la *National Conference of Commissioners for Uniform State Laws*, en adelante la NCCUSL, creó un comité para la elaboración de la *Uniform Mediation Act*¹⁰⁰. El citado comité, en estrecha colaboración con la ABA¹⁰¹, elaboró varios borradores en los años sucesivos, hasta que finalmente se logró su aprobación en agosto de 2001¹⁰². La UMA tiene como principal finalidad uniformar determinadas cuestiones referentes a la mediación, que han sido tratadas de muy distinta forma por los cincuenta Estados, bien porque muchos legisladores estatales no han comprendido del todo cómo era exactamente un proceso de mediación, bien, porque incluso hay Estados que aún no tienen una regulación propia en torno a esta institución¹⁰³.

Esta Ley está compuesta por 17 Secciones. La primera Sección simplemente se limita a transcribir su título, *Uniform Mediation Act*, sin embargo, los dos siguientes apartados sí son más importantes, en tanto que definen los conceptos fundamentales del instituto de la mediación, así como el ámbito de aplicación de la propia UMA. En este sentido, es interesante destacar, en primer lugar, la definición de mediador, la cual no exige ninguna cualificación específica para serlo¹⁰⁴, y en segundo lugar, el propio concepto de mediación, caracterizado por su amplitud, esto es, por abarcar todos los modelos de mediación existentes, pero a la vez, construyéndose en contraposición con otros instrumentos de resolución de conflictos donde el tercero impone una decisión a las partes¹⁰⁵. Por otra parte, la Sección 3.^a

¹⁰⁰ Esta Ley puede consultarse en la propia página web de la NCCUSL. En cuanto al proceso de elaboración y redacción de la UMA, *vid.* M. B. GETTY, «The process of drafting the Uniform Mediation Act», *N. Ill. U. L. Rev.*, vol. 22, n.º 2, pp. 157 a 164.

¹⁰¹ Si bien la participación de la ABA en la formación de la citada Ley fue fundamental, lo cierto es que Universidades, jueces, y demás organizaciones de mediadores también participaron en su confección, *vid.* L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, p. 203.

¹⁰² Es importante tener en cuenta que la UMA necesita ser aprobada por cada uno de los Estados, para que se convierta en ley para ellos. Según la NCCUSL, la UMA ha sido ya adoptada por: Nebraska, Illinois, New Jersey, Ohio, Iowa, Idaho, South Dakota, Washington, Utah, The District of Columbia y Vermont, Hawaii, Massachusetts y New York.

¹⁰³ Al igual que ocurrió con la *Dispute Resolution Act*, y a pesar de que la UMA parecía tener un objetivo completamente legítimo, lo cierto es que existió un gran debate en torno a si se debía aprobar una ley de tales características, o por el contrario, ésta era innecesaria. *Vid.* R. BIRKE, L. E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», *loc. cit.*, pp. 201 y 202.

¹⁰⁴ La definición de mediador se encuentra reflejada en el apartado 3.º de la Sección 2.ª Si bien, ésta debe ser completada con otras disposiciones de la Ley, que reflejan los deberes y derechos de los mediadores, *vid.* Sección 6.ª apartados (a)(5) y (c); Sección 7.ª Sección 8.ª y Sección 9.ª En definitiva, todos estos preceptos son los que componen el estatuto uniformado del mediador.

¹⁰⁵ *Vid.* *Uniform Mediation Act with Prefatory Note and Comments*, p. 13. Ejemplo paradigmático de esos otros instrumentos de resolución de conflictos es el arbitraje.

establece las exclusiones de esta Ley, en concreto, ésta no se aplica a: *a)* la mediación fruto de la negociación colectiva; *b)* la mediación efectuada por un juez; *c)* la llamada *peer mediation* llevada a cabo en centros educativos, y *d)* la mediación realizada en centros correccionales para jóvenes¹⁰⁶.

A continuación, y concretamente de la Sección 4.^a a la Sección 6.^a se regulan los diferentes extremos del denominado *mediation privilege*, esto es, la garantía según la cual ninguna de las informaciones reveladas a lo largo del procedimiento de mediación serán utilizadas ni admitidas ante ningún tribunal. Este extremo, junto con la confidencialidad, constituyen el núcleo central de la UMA, lograr la uniformidad de ambos es el objetivo principal de esta Ley, pues las anteriores y múltiples regulaciones sobre estos puntos era un grave obstáculo para lograr que la mediación tuviera éxito¹⁰⁷. En concreto, dentro de la Sección 4.^a se recoge el derecho de las partes y del mediador a negarse a declarar en un proceso judicial cualquier información que se dijera durante las sesiones de mediación. Y además, se establece su derecho a impedir que cualquier otra persona declare sobre lo que se dijo durante dichas sesiones¹⁰⁸.

Por otra parte, el principio de confidencialidad se regula en la Sección 8.^a En virtud del mismo, todas las informaciones vertidas durante un proceso de mediación no pueden hacerse públicas. La diferencia que existe entre el *mediation privilege* y este principio, es que el pri-

¹⁰⁶ Sobre el concepto de *peer mediation*, *vid. supra*, nota n.º 60.

¹⁰⁷ *Vid.* K. K. KOVACH, «The evolution of mediation in the United States...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 443 y 444.

¹⁰⁸ Además de las partes en conflicto y del mediador, también pueden asistir otras personas al proceso de mediación. Normalmente, éstas suelen ser los abogados de las partes, si bien, no hay obstáculo que impida la participación de cualquier otro sujeto, así lo establece la Sección 10.^a de la propia UMA.

En todo caso, el denominado *mediation privilege* no es absoluto. Muestra de ello es la Sección 6.^a que enumera todas sus excepciones: *a)* si existe un acuerdo firmado donde conste la no aplicación de los citados derechos; *b)* si las sesiones de mediación son públicas, bien porque así lo quieren las partes, bien, por estar establecido en la ley; *c)* en caso de amenazas o por la comisión de un delito violento; *d)* si se tiene la intencionalidad de planear, cometer, intentar cometer o encubrir un crimen u otra actividad criminal; *e)* si existen pruebas de malas prácticas por parte del mediador; *f)* si hay evidencias de mala conducta de las partes o de sus representantes y, *g)* si hay pruebas de abuso o abandono hacia algún menor o mayor necesitado de protección.

La Sección 5.^a completa lo dicho en la anterior, al permitir que las partes, el mediador, o cualquier otro participante en las sesiones de mediación renuncien a estos derechos, siempre y cuando lo hagan expresamente. Si bien, no admite que los mismos se hagan valer en dos casos: *a)* cuando esos derechos se invoquen con el fin de planear, cometer, intentar cometer o encubrir un crimen u otra actividad criminal durante la mediación o; *b)* cuando su objetivo sea impedir que una de las partes responda a una acusación basada en una declaración realizada por la otra parte y cuyo contenido sea precisamente las conversaciones mantenidas a lo largo de las sesiones de mediación.

En esta misma línea, la Sección 7.^a prohíbe a los mediadores realizar informes a cualquier agencia o persona con autoridad para pronunciarse sobre el caso. Si bien, ellos sí pueden declarar sobre el hecho de la celebración de la mediación, sobre si ésta llega a terminar en acuerdo o no, así como sobre las personas que asistieron a la misma.

mero se refiere a la no revelación de información en los procesos judiciales o arbitrales posteriores a una mediación, mientras que el principio de confidencialidad abarca al público en general¹⁰⁹.

Por último, cabe destacar los artículos relativos a la Sección 9.^a destinados a regular la imparcialidad del mediador. Según dicho principio, los mediadores tienen la obligación de analizar si existen hechos que pudieran afectar a su labor, como algún tipo de relación financiera o personal con las partes, o algún interés en un determinado acuerdo. De modo que si fuera así, el mediador deberá comunicárselo a las mismas.

En cualquier caso, a través de la UMA no sólo se ha pretendido dar un tratamiento uniforme de la mediación en su dimensión interna, sino también, lograr que dicha uniformidad se proyecte *ad extra*, para evitar algunos de los problemas derivados de aquellas mediaciones que resuelvan conflictos transfronterizos. En este sentido, la Ley hace referencia al uso de la mediación a través de Internet, e incluso a la mediación comercial internacional¹¹⁰.

En definitiva, la UMA recoge aspectos fundamentales de la mediación, definiendo cada uno de los elementos básicos que la componen, y aclarando cuestiones en torno al funcionamiento de este método. Estas disposiciones son esenciales, no sólo para dotar de uniformidad a la mediación, sino para lograr que ésta sea íntegra, y que se respete durante su desarrollo unas mínimas garantías, porque sólo así, se consigue que sea exitosa. Todo ello, sin afectar a las características que han hecho de la mediación una herramienta tan ventajosa, como su flexibilidad y su facilidad para adaptarse a la variedad de disputas interpersonales que surgen día a día¹¹¹.

III. LA EXPANSIÓN DEL «MOVIMIENTO ADR» A EUROPA: EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN LOS PAISES EUROPEOS

Al mismo tiempo que en EE.UU. se celebraba la Conferencia Pound, y se ponían en marcha muchas de las ideas allí expuestas,

¹⁰⁹ Vid. *Uniform Mediation Act with Prefatory...*, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁰ La regulación de la mediación comercial internacional se encuentra en la Sección 11.^a de la UMA. Esta disposición fue agregada dos años después de la aprobación de la citada Ley, consecuencia de la incorporación de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional*, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, p. 343. Para profundizar sobre esta última Ley, y sobre su influencia en la UMA, vid. *infra*, apartado IV. 1. B) de este trabajo. Por su parte, la posibilidad de resolver los conflictos *online* se recoge en la Sección 12.^a de la citada Ley. Por la propia naturaleza del medio, los conflictos que surgen del comercio electrónico suelen ser internacionales, lo cual no obsta para que algunos también puedan ser meramente internos, de ahí que la Sección 12.^a abarque ambos supuestos.

¹¹¹ Para un estudio profundo de la UMA, vid. *Uniform Mediation Act Symposium, J. Disp. Resol.*, vol. 2003, n.º 1, 2003, pp. 1 a 238.

surgió el denominado *The Florence Access to Justice Project*, un programa formado por académicos de todo el mundo, tanto europeos como norteamericanos, con el fin de tratar todas aquellas cuestiones sociales, políticas, económicas y jurídicas que influían sobre el derecho de acceso a los tribunales¹¹². Esta iniciativa fue fruto de la preocupación, que también comenzaba a surgir en Europa, acerca del mal funcionamiento de la justicia y de los múltiples obstáculos encontrados por los ciudadanos a la hora de acceder a la misma¹¹³.

Como consecuencia del trabajo realizado en este proyecto, se consiguió trazar y explicar por entero, el denominado «movimiento de acceso a la justicia»¹¹⁴. Una corriente de pensamiento que había nacido en los países occidentales durante la década anterior, y seguía desarrollándose en aquel momento. Según el citado proyecto, habían existido tres momentos clave que detallaban el desarrollo de dicho movimiento.

La primera fase tuvo lugar en los años sesenta con la introducción de la asistencia legal. El fin de esta figura era permitir el acceso a los tribunales, a aquellas personas, que sin esa ayuda, no hubieran podido acudir, por carecer de recursos económicos para pagar un asesoramiento profesional y/o representación letrada¹¹⁵.

¹¹² Este proyecto fue financiado por la *Ford Foundation*, el *Italian National Council*, y el *European University Institute*. El resultado se publicó en la publicación, M. CAPPELLETTI (ed.), *The Florence Access to Justice Project*, vols. I-IV, Alphen aan den Rijn and Milan, 1978-1979.

¹¹³ Vid. N. ALEXANDER, «Mediation in civil procedure –A comparative perspective», en AA.VV., *Convergence of legal systems in the 21st Century, General reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane 2002*, Bruxelles, 2006, pp. 595 y 596; N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, loc. cit., op. cit., p. 21. Si bien, dicho en el caso de los países europeos del *civil law* también influyeron las experiencias tan exitosas que ya habían tenido los países del *common law*, principalmente, EE.UU e Inglaterra y Gales.

¹¹⁴ Se debe tener en cuenta que este proyecto abarcaba a todos los países occidentales, esto es, tanto a los sistemas del *common law*, como a los propios del *civil law*. Respecto de estos últimos, es importante recordar que no fue hasta finales del siglo XIX, cuando el derecho de acudir a los tribunales, no se concibió como un derecho público del ciudadano, y en contraposición, como una función, una obligación del Estado. Después de la II Guerra Mundial, y debido a esta concepción pública del derecho de acción en tanto que protección judicial de los demás derechos, comienza a constitucionalizarse este derecho de acceso a la justicia. Dicha plasmación constitucional, hizo que muchos tribunales comenzaran a interpretar esta garantía fundamental, de tal forma que supuso una enorme ampliación de su contenido, y precisamente es esta extensión, producida a partir de los años sesenta, la que estudia este «movimiento de acceso a la justicia». Aunque este desarrollo del derecho de acceso a la justicia, es una pauta generalizada en todos los sistemas del *civil law*, no se debe obviar que cada Estado ha llevado a cabo esta progresión en años, e incluso décadas diferentes. Por otra parte, y en lo que se refiere a los sistemas del *common law*, el desarrollo del derecho de acceso a la justicia también existió, pero por vía jurisprudencial. En Reino Unido a partir del concepto de *natural justice*; y en EE.UU a partir del principio del *due process of law*. Vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, op. cit., p. 22; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., p. 40; M. Taruffo, *Páginas sobre...*, op. cit., pp. 32 a 35, 156, 157 y 164 a 168.

¹¹⁵ Para profundizar sobre la asistencia legal como primera fase del «movimiento de acceso a la justicia», vid. G. BELLOW, «Legal Services to The Poor: An American Report»,

La segunda etapa, surgida a principios de los años setenta, se identifica con las *class actions*. El origen de nuevos derechos e intereses colectivos y difusos, como los relativos al consumo o al medio ambiente, generó la necesidad de crear correlativamente unos mecanismos procesales propios, porque las instituciones tradicionales del proceso judicial estaban pensadas para derechos individuales¹¹⁶.

Finalmente, el último paso, materializado a finales de los años setenta, se refiere al nacimiento de los ADR como vías para evitar los defectos de los juicios tradicionales y conseguir así, un efectivo acceso a la justicia. Los ADR, y el *multi-door courthouse* fue buena muestra de ello, no surgieron para desplazar definitivamente a los procesos judiciales, sino para lograr que éstos sólo se utilizaran en los conflictos dónde, por su propia naturaleza, eran más útiles. Dejando otros muchos tipos de disputas, sobre todo aquéllas derivadas de relaciones de larga duración, para los demás mecanismos de resolución de conflictos, en especial, para la mediación.

Sin embargo, el proceso siempre ha gozado de grandes diferencias entre el sistema del *common law* y el del *civil law*. Por ello, el «movimiento ADR» consiguió expandirse rápidamente por los demás países del *common law*. La mediación pronto comenzó a ser utilizada en Australia, en Canadá, y en el Reino Unido¹¹⁷. Su implantación en estos sistemas procesales, fue más fácil, mucho más «natural», que su ulterior instauración en los ordenamientos procesales del *civil law*¹¹⁸.

En primer lugar, los sistemas procesales del *common law* se caracterizan por ser más prácticos y flexibles. Con ello, el comportamiento de los abogados es diferente al mostrado en aquellos que operan dentro de sistemas propios del *civil law*. Éstos están más sujetos a lo establecido en las leyes, en cambio los primeros no son tan formalistas, sino más funcionales y pragmáticos, lo cual encaja con la esencia de los ADR¹¹⁹.

en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, *op. cit.*, pp. 49 a 68; M. ZANDER, «The First Wave», en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, *op. cit.*, pp. 27 a 47.

¹¹⁶ Vid. H. KÖTZ, «Public Interest Litigation: A Comparative Survey», en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, *op. cit.*, pp. 85 a 117; L. TRUBEK, D. TRUBEK, «Civic Justice Through Civil Justice: A New Approach to Public Interest Advocacy in the United States», en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, *op. cit.*, pp. 119 a 144.

¹¹⁷ Vid. N. ALEXANDER, *Mediation in Civil Procedure...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 598; N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁸ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento ADR (alternative dispute resolution) en las relaciones transfronterizas», *RCEA*, 2005, pp. 93 y 94; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «La mediación como método moderno de gestión del conflicto: expansión desde los EE.UU.», en C. ARRANZ DE ANDRÉS, M. SERNA VALLEJO (coords.) *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 1050 y 1051.

¹¹⁹ Vid. N. ALEXANDER, «What's law got to do with it? Mapping modern mediation movements in civil and common law jurisdictions», *Bond L. Rev.*, vol. 13, n.º 2, p. 21.

En segundo lugar, en el *common law* existe un mayor protagonismo de los abogados en detrimento de la pasividad del juez. Son las partes quienes tienen el control sobre el proceso, aspecto que, en cierta medida, comparte con los ADR, pero que es completamente diferente en los sistemas procesales del *civil law*¹²⁰. Además, el papel crucial que juegan los abogados durante el mismo, también se traduce en altos honorarios, mucho más elevados que los exigidos normalmente en los sistemas del *civil law*¹²¹. Esto ha fomentado el uso de los ADR, tanto desde un punto de vista general, porque cuanto antes se llegue a una solución, los gastos serán considerablemente inferiores; como desde una perspectiva específica, porque las controversias de escasa cuantía, y/o las personas con pocos ingresos, están excluidas del sistema *de facto*, esto es, no van a gastarse el dinero que no tienen, o más de lo que realmente reclaman.

Finalmente, hay que hacer referencia a la presencia del jurado en el proceso judicial del *common law*. Debido a esta característica, el *trial*, la fase que equivale a nuestro juicio, siempre ha sido eminentemente oral, concentrada en una o pocas vistas, y dedicada principalmente a la práctica de las pruebas testimoniales¹²². No obstante, aunque esta sea la fase decisiva por excelencia, no por ello es la más importante. En el proceso bifásico propio del *common law*, el *pre-trial*, o fase preliminar, es crucial para su desarrollo. Aunque su objetivo final es preparar la causa para exponerla con éxito ante el jurado, su utilidad principal consiste en lograr resolver el conflicto antes de llegar al *trial*. Dentro de esta fase, el *discovery* es un momento fundamental porque con él, las partes pueden conocer todos los medios de prueba de la contraria, de modo que cada una de ellas pueda valorar sus posibilidades de victoria o fracaso, siendo conscientes del riesgo que toman continuando con el proceso. Sin duda, este es el momento propicio para que las partes se sienten a negociar¹²³.

El citado protagonismo de los abogados, junto con las partes, para manejar el proceso, así como la existencia de un momento procesal oportuno, que tradicionalmente se ha utilizado para negociar, ha hecho que la cultura del acuerdo esté más arraigada en el mundo anglosajón. Por ello, es lógico que el «movimiento ADR»

¹²⁰ Vid. G. C. HAZARD Y M. TARUFFO, *La justicia civil en los Estados Unidos*, trad. F. GASCÓN INCHAUSTI, Cizur Menor, 2006, p. 141.

¹²¹ Vid. N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 26.

¹²² Vid. M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, *op. cit.*, pp. 78 y 79; G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La justicia civil...*, *op. cit.*, p. 141.

¹²³ En Reino Unido y EE.UU., la mayoría de las controversias terminan en la fase del *pre-trial* tras la negociación de las partes, *vid.* M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

llegara a Europa a través del Reino Unido, único país que tiene el *common law* como sistema jurídico. En este sentido, la implantación de los ADR en dicho Estado fue mucho más sencilla, tanto en un sentido técnico-jurídico, como en términos culturales, y socio-lógicos.

1. LA TEMPRANA IMPLANTACIÓN DEL «MOVIMIENTO ADR» EN EL REINO UNIDO

Con la llegada del «movimiento ADR» al Reino Unido, comenzó la práctica de la mediación tanto en el ámbito familiar como comercial. Tras las primeras prácticas mediadoras de tipo experimental, los tribunales empezaron a fomentar su uso, para finalmente, quedar recogidos en la legislación¹²⁴.

En Inglaterra y Gales¹²⁵, la mediación comenzó a ser experimentada por primera vez en el ámbito familiar. En 1974, el *Report of the Committee on One-Parent Families*, más conocido como el *Informe Finer*¹²⁶, destacaba la necesidad de unificar el sistema de tribunales familiares, y fijaba la conciliación como un instrumento a tener en cuenta a la hora de resolver los conflictos entre las parejas, surgidos como consecuencia de la separación y el divorcio¹²⁷. Años más tarde, en 1977, el Tribunal del Condado de Bristol introducía el citado método de la conciliación para los procesos de divorcio, y ya en 1978 se creó el *Bristol Courts Family Conciliation Service*, un servicio de conciliación familiar extrajudicial, que ayudaba a las parejas divorciadas a ponerse de acuerdo en cuestiones tan controvertidas como la custodia de sus hijos¹²⁸.

¹²⁴ Lo mismo había ocurrido en EE.UU, *vid. supra*, apartado II de este trabajo.

¹²⁵ Aunque en referencias anteriores se hable del Reino Unido de forma general, este apartado se refiere concretamente a Inglaterra y Gales, ya que comparten esencialmente el mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, Escocia conserva el suyo propio. De ahí que tampoco exista referencia a Gran Bretaña, que junto a Irlanda del Norte, componen el Reino Unido.

¹²⁶ *Vid. Cmnd 5629* [1974].

¹²⁷ En el ámbito familiar, y en cuanto a Inglaterra y Gales se refiere, tanto la conciliación como la mediación, se utilizan como términos sinónimos, *vid. M. CAPPELETTI*, «Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide access-to-justice movement», *Mod. L. Rev.*, vol. 56, n.º 3, 1993, p. 290. Ello se debe, principalmente, al significado tan amplio que se otorgó desde el principio a la palabra «conciliación» por parte del *Informe Finer*, *vid. R. DINGWALL*, «Some observations on divorce mediation in Britain and the United States», *Med. Q.*, vol. 11, 1986, p. 6.

Es importante destacar que en este informe, a diferencia de lo que al principio había ocurrido en EE.UU., la conciliación no se concebía como un medio para reconciliar a las partes, sino para gestionar una crisis matrimonial ya definitiva, *vid. R. DINGWALL*, *Some observations...*, *loc. cit.*, p. 6.

¹²⁸ *Vid. M. MARTÍN CASALS*, «Divorce mediation in Europe: An introductory outline», *EJCL*, vol. 9.2, July 2005, pp. 17 y 18.

En los años sucesivos y ante el aumento de separaciones y divorcios, otras muchas ciudades fundaron servicios de mediación familiar. La inmediata consecuencia de tal expansión fue la creación de asociaciones que agrupaban a aquellos que se dedicaban a tal actividad. De esta forma nacieron, en 1982, el *National Family Conciliation Council*, conformado por un conjunto de servicios de mediación familiar independientes, y en 1985, la *Family Mediators Association*¹²⁹.

Así las cosas, ya sólo quedaba el reconocimiento de estos métodos, por parte de las instituciones. Este apoyo oficial llegó en 1990 con el informe *Family Law: The Ground for Divorce*¹³⁰. A través de dicho documento, el Gobierno comenzó a resaltar las ventajas y beneficios que aportaba la resolución amistosa de las disputas surgidas como consecuencia de una separación o divorcio, sobre todo, en lo relativo a la custodia de los hijos¹³¹. Dicho reconocimiento, coherente con lo establecido en la *Children Act* de 1989¹³², desembocaría años más tarde, en la Ley que institucionalizó la mediación familiar de Inglaterra y Gales, la *Family Law Act* de 1996¹³³. En este sentido, su principal objetivo es lograr una solución amigable para los conflictos derivados del divorcio. Por ello, establece la obligatoriedad de que los cónyuges acudan a una primera sesión informativa de mediación, de modo que, una vez llevada a cabo, las partes, en cumplimiento del principio de voluntariedad, pueden optar por continuar con la mediación, o por el contrario, acudir al tradicional proceso judicial¹³⁴.

Por otra parte, la mediación comercial se empezó a practicar unos años más tarde que en el ámbito familiar, si bien, en poco tiempo se crearon dos organizaciones fundamentales para la consolidación de este método alternativo de resolución de disputas en el campo mercantil. Una de estas instituciones es el *Alternative Dispute Resolution Group* o ADR Group, creado en 1989, cuya importancia se debe a que fue el primero en ofrecer servicios de mediación comercial en Inglaterra. Y también el *Centre for Effective*

¹²⁹ En 1996, ambas asociaciones en unión con la *Family Mediation Scotland* crearon el *UK College of Family Mediators*, un centro para formar y acreditar a mediadores familiares en todo el Reino Unido, así como para crear determinadas pautas de conducta uniformes para todos, *vid.* M. ROBERTS, «Family mediation: The development of the regulatory framework in the United Kingdom», *Confl. Resol. Q.*, vol. 22, n.º 4, 2005, pp. 515 y 516.

¹³⁰ *Vid.* Law Comisión N.º 192, 1990.

¹³¹ *Vid.* M. MARTÍN CASALS, *Divorce Mediation...*, *loc. cit.*, p. 18.

¹³² *Children Act* [1989 c. 41]. Esta Ley debe destacarse porque, aunque no regula directamente la mediación, sí que fomenta su uso. Establece que los acuerdos concluidos por los progenitores siempre suponen mayor protección para el menor. *Vid.* L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, p. 295.

¹³³ *Family Law Act* [1996 c. 27].

¹³⁴ Para conocer otras consecuencias que trajo consigo la *Family Law Act*, *vid.* M. ROBERTS, *Family Mediation...*, *loc. cit.*, pp. 516 a 519.

Dispute Resolution o CEDR, fundado un año más tarde, y hoy en día, uno de los organismos internacionales de referencia en este campo¹³⁵.

Asimismo, la primera vez que se hizo un reconocimiento oficial a los ADR en el ámbito comercial fue en diciembre de 1993, a través de una declaración del Tribunal de Comercio¹³⁶. A partir de dicho pronunciamiento, los citados mecanismos debían ser considerados por los abogados en cada litigio que se planteara ante el nombrado Tribunal¹³⁷. La puesta en práctica fue positiva, de manera que en junio de 1996, el citado Tribunal hizo otra declaración apoyando, de nuevo, su utilización¹³⁸.

La temprana preocupación del Tribunal del Comercio por buscar soluciones alternativas a un proceso judicial antiguo y excesivamente formal e inflexible se convirtió, pocos años después, en una inquietud generalizada. En julio de 1996, Lord Woolf¹³⁹, redactó un informe titulado *Access to Justice*¹⁴⁰. En dicho documento, se mostraban todos los problemas del sistema que resultaba excesivamente caro, además de producirse juicios incomprensiblemente largos y existir un uso nulo de las nuevas tecnologías. Para mejorar y modernizar el sistema, Lord Woolf sugirió una serie de reformas. Entre ellas se encontraba la propuesta de comenzar a utilizar los ADR.

¹³⁵ Vid. L. A. MISTELIS, «ADR in England and Wales: A successful case of public private partnership», en N. ALEXANDER (ed.) *Global Trends...*, *op. cit.*, pp. 139 a 180.

¹³⁶ Vid. *Practice Statement* (Commercial Cases: Alternative Dispute Resolution), 10 December 1993 [1994] 1 WLR 14, [1994] 1 A11 ER 34. El pronunciamiento se encuentra recogido en una *Practice Direction* o *Practice Statement*, esto es, una instrucción que elaboran los tribunales para indicar cómo deben interpretarse y aplicarse las normas. Este documento indicaba que los jueces, cuando así lo creyeran apropiado, debían invitar a las partes a resolver la disputa a través de los ADR. Esta invitación a participar en cualquiera de los métodos alternativos de resolución de conflictos se hacía a través de las llamadas *ADR Orders*.

¹³⁷ En este sentido, la mediación comenzó a erigirse desde el principio como el tipo de ADR ideal para las disputas comerciales, siendo el más utilizado. Vid. T. OYRE, «Civil procedure rules and the use of mediation/ADR», *Arbitration*, vol. 70, n.º 1, February 2004, pp. 19 a 27.

¹³⁸ Vid. *Practice Statement* (Commercial Cases: Alternative Dispute Resolution), 7 June 1996, [1996] 1 A11 ER 383, [1996] 1 WLR 1024. En este caso, se enumeraban todas las ventajas que estos mecanismos de resolución de conflictos tenían, en comparación con la vía jurisdiccional tradicional: «a) no son tan caros como los procesos judiciales; b) la solución al conflicto se alcanza más rápidamente que siguiendo el litigio ante los tribunales; c) permiten resolver las disputas sin dañar las relaciones comerciales entre las partes, y sin perjudicar su reputación; d) pueden alcanzarse soluciones muy variadas, porque se caracterizan por ser más flexibles; y e) se contribuye, así, a hacer un uso más eficiente de los recursos judiciales».

¹³⁹ En ese momento, Lord Woolf era *Master of Rolls*, la segunda autoridad judicial de Inglaterra y Gales, y presidente de la división encargada de los asuntos civiles en el Tribunal de Apelación.

¹⁴⁰ Para conocer, en mayor profundidad, la gran influencia de este informe para las normas de Derecho procesal civil, y en especial, para los ADR, vid. L. BOULLE, M. NESIC, *Mediation: Principles, process, practice*, London, Dublin, Edinburgh, 2001, pp. 228 a 234.

Tres años después, el 26 de abril de 1999, estas propuestas se materializaron con la entrada en vigor de las *Civil Procedure Rules*, en adelante CPR¹⁴¹. Las CPR establecieron numerosas normas en orden a fomentar los ADR en todas aquellas disputas llevadas ante los jueces y tribunales civiles¹⁴².

En esta línea se encuentran las disposiciones que obligan a los tribunales a ser más activos en los procesos. En concreto, *animar a las partes a utilizar los procesos alternativos de resolución de disputas cuando lo consideren apropiado, y facilitar el uso de tales procesos* [rule 1.4.2. (e) CPR]; *ayudar a las partes a solucionar todo o parte del litigio* [rule 1.4.2. (f) CPR]; o *invitar a las partes a solucionar el problema por otras vías alternativas* (rule 3.1 CPR). Además, la norma 26.4 CPR permite la suspensión del proceso judicial para que las partes puedan participar en una mediación, teniendo en cuenta que dicha suspensión puede ser solicitada por las partes, o de oficio.

Por último, la norma 44.5.3 (a) (ii) CPR, obliga a los tribunales a tener en cuenta *los esfuerzos hechos por las partes, si es que hubo, antes y durante el proceso para intentar resolver el conflicto*, a la hora de adjudicar las costas del proceso. Este precepto ha logrado modificar uno de los principios básicos del ordenamiento procesal: la parte que pierde el litigio tiene que pagar las costas del proceso judicial. Además, se debe tener en cuenta que dicha disposición, no establece una facultad para los jueces, sino un deber, que consiste no sólo en tener en cuenta la conducta de las partes durante el proceso judicial, sino también antes del mismo¹⁴³.

Si bien, las normas y pronunciamientos ingleses han tenido una influencia directa de los desarrollos legislativos y jurisprudenciales estadounidenses, no es menos cierto que en los últimos años, Reino Unido, al igual que otros países europeos, también ha tenido que prestar atención a las indicaciones y recomendaciones de las distintas organizaciones internacionales, sobre todo, el Consejo de Europa y la UE.

¹⁴¹ Vid. SI 1998 N.º 3132. De la propuesta de Lord Woolf también surgieron los llamados *pre-action protocols*, o protocolos a seguir antes de iniciar el proceso judicial. Con ellos se quiere lograr que las partes conozcan sus posibilidades de éxito y de fracaso en caso de iniciar el proceso judicial, y así estimularles a lograr un acuerdo que ponga fin al conflicto, sin necesidad de acudir a un juez.

¹⁴² La otra finalidad de la reforma fue simplificar el proceso judicial, hacerlo más sencillo y ágil.

¹⁴³ Para saber más sobre estas normas y su jurisprudencia, *vid.* C. MACHO GÓMEZ, «La mediación comercial como instrumento para la resolución de conflictos en la práctica de Inglaterra y Gales», en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo I Mediación*, Madrid, 2010, pp. 267 a 280.

2. EL «MOVIMIENTO ADR» EN OTROS PAÍSES EUROPEOS: LA INFLUENCIA DEL CONSEJO DE EUROPA

La necesidad de mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia por parte de los Estados europeos, así como las experiencias tan exitosas que estaban teniendo los países del *common law* con la utilización de los ADR, originaron el interés de los citados Estados hacia estos mecanismos, y especialmente, hacia la mediación¹⁴⁴.

Sin embargo, a diferencia de los países del *common law*, donde con anterioridad a la regulación de la mediación, su período de experimentación y práctica fue largo y abundante, en los países europeos del *civil law* la ordenación de la mediación ha sido, en general, más bien temprana, esto es, tan sólo con discretas y aisladas experiencias como base en algunos casos. Este contraste se debe a la propia esencia de dicho sistema, caracterizado por su afán codificador y en el que la Ley es la principal fuente del Derecho¹⁴⁵, pero también al impulso de algunas organizaciones internacionales¹⁴⁶, sobre todo, a las tempranas Recomendaciones del Consejo de Europa¹⁴⁷.

A) Primeras experiencias mediadoras y reformas legislativas introductorias de la mediación

La primera Recomendación que invitó a la utilización de los ADR fue la *Recomendación n.º 7/1981 del Comité de Ministros*

¹⁴⁴ Vid. N. ALEXANDER, *Mediation in Civil Procedure...*, loc. cit., op. cit., p. 598; N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, loc. cit., op. cit., pp. 7 y 20; A. J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, «The dutch landscape of court-encouraged mediation», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, op. cit., p. 283. Cuando en este apartado se habla de Estados europeos, se refiere, especialmente, a: Alemania, Austria, Francia, Holanda, y España.

¹⁴⁵ A excepción de Holanda que, como se verá a continuación, se ha centrado más en la innovación y experimentación de la mediación, que en su regulación. Vid. N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, loc. cit., op. cit., pp. 30 a 32; N. ALEXANDER, *Mediation on Trial...*, loc. cit., op. cit., pp. 18 y 19.

¹⁴⁶ Además del Consejo de Europa, la UE, también ha sido una influencia importante para los Estados miembros. En cualquier caso, las acciones de la UE relativas al fomento de los ADR, aunque influyen de forma importante en los ordenamientos internos de los Estados miembros están dirigidas especialmente a las relaciones privadas transfronterizas. Por ello, los impulsos dados por la UE en esta materia, al igual que el papel de la CNUDMI y la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado se estudiarán en el apartado IV de este trabajo.

¹⁴⁷ Tal y como apunta M. DÍEZ DE VELASCO, el Consejo de Europea es una organización de cooperación de fines generales. Y aunque en el Preámbulo de su Estatuto realiza una definición muy genérica de sus fines, lo cierto es que en la práctica, los objetivos de cooperación internacional se han ampliado mucho más (vid. *Las organizaciones internacionales*, 13.ª ed., Madrid, 2003, pp. 451 y 452). Vid. también J.A. PASTOR RIDRUEJO, «Sesenta años del Consejo de Europa», *RDCE*, n.º 33, mayo/agosto 2009, pp. 446 a 448.

a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia¹⁴⁸. Con ella, el Consejo de Europa, consciente de la complejidad, la lentitud y el excesivo coste económico del tradicional proceso judicial, alentaba a los Estados a tomar una serie de medidas para mejorar el cumplimiento del derecho de acceso a la justicia (art. 6 CEDH). Entre dichas medidas, se encontraba la de facilitar y animar a las partes en conflicto a participar en conciliaciones o en otro tipo de vías para la solución amigable de disputas, bien antes de acudir al proceso judicial, bien en cualquier momento durante su desarrollo.

En esta misma línea, se aprobó la *Recomendación n.º 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia*¹⁴⁹. Basándose en el mismo objetivo que la anterior Recomendación, –mejorar el derecho de acceso a la justicia–, dicho documento proponía a los Estados incentivar el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Sin embargo, esta vez, no sólo mencionaba la conciliación, sino que también hacía una referencia literal a la mediación y al arbitraje. Además, es importante destacar que estableció una larga lista de eventuales campos de actuación, compuesta, principalmente, por conflictos civiles y comerciales.

Teniendo en cuenta ambos antecedentes, desde mediados de los años ochenta, muchos Estados de Europa comenzaron a poner en práctica la mediación, principalmente, en el ámbito familiar¹⁵⁰. En España, se creó el primer servicio de mediación en el año 1988, situado en San Sebastián, y denominado *Servicio de Mediación a*

¹⁴⁸ Vid. *Recomendación n.º 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia*, adoptada por el Comité de Ministros, el 14 de mayo de 1981, en la reunión 68 de los delegados de los Ministros.

¹⁴⁹ Vid. *Recomendación n.º 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia*, adoptada por el Comité de Ministros, el 16 de septiembre de 1986, en la reunión 399 de los delegados de los Ministros.

¹⁵⁰ Si bien, Holanda es una excepción respecto del resto de Estados europeos pertenecientes al *civil law*, porque en la década de los años setenta, ya se había iniciado su práctica, Vid. N. ALEXANDER, *Mediation in Civil Procedure...*, loc. cit., op. cit., p. 598; N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, loc. cit., op. cit., p. 7 y; A. J. DE ROO, R. W. JAGTENBERG, *The dutch landscape...*, loc. cit., op. cit., pp. 283 y 293; L. GARCÍA GARCÍA, *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en conflictos familiares*, Madrid, 2003, p. 32.

También existían experiencias en el ámbito penal. Sin embargo, la mediación penal no se comenzó a practicar por descargar de trabajo a los tribunales, sino porque, en ciertos casos, creaba cierta humanización en la infracción, beneficiando a la víctima y rehabilitando al delincuente. Esta otra dimensión de la mediación en el ámbito penal, pronto se extendió a Europa, vid. *infra*, nota n.º 157; N. ALEXANDER, *What's law got to do with it?...*, loc. cit., p. 7; N. ALEXANDER, *Global trends in mediation...*, loc. cit., op. cit., p. 17. En este mismo sentido, en EE.UU, vid. *supra*, nota n.º 78.

la familia en conflicto. Ya en 1990, surgieron otros cuatro: a) el *Servicio de Mediación familiar de la Unión de Asociaciones Familiares* en Madrid; b) el *Programa de Mediación Familiar del centro Ábside y la Fundación Familia, Ocio y Naturaleza*; c) el *Servicio de Mediación Familiar de Barcelona*; d) el *Servicio de Mediación Familiar del Instituto Genus*, en Barcelona¹⁵¹.

En Francia, durante el año 1989, se fundó la *Association pour la promotion de la Médiation Familiale*, una organización con el fin de promocionar la mediación familiar, no sólo a nivel francés, sino también europeo¹⁵², y tres años más tarde, en 1991, nació el *Comité National des Associations et Services de Médiation Familiale*. En esta misma línea, el Gobierno francés, preocupado por el gran número de divorcios planteados ante los tribunales, creó, en 1994, la *Conférence nationale de la famille*, con el fin de avanzar hacia su implantación en el ordenamiento jurídico¹⁵³.

En Alemania, si bien ya en los años ochenta surgieron los primeros servicios de mediación para familias separadas, no fue hasta 1993 cuando se creó la *Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation*, en adelante BAFM¹⁵⁴. Por otro lado, el Ministerio de

¹⁵¹ Vid. N. BELLOSO MARTÍN, «La mediación familiar: algunas experiencias en el derecho comparado internacional», en N. BELLOSO MARTÍN (coord.), *Estudios sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid, 2006, p. 88; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., pp. 321 a 326 y; A. RIPOLL-MILLET, *Familias, trabajo social...*, op. cit., pp. 82 a 87. Que estos servicios de mediación comenzaran su andadura a partir de la década de los ochenta, no fue casualidad, sino la consecuencia a la promulgación de la *Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio civil en el Código civil y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, vid. «BOE» n.º 172, de 20 de julio de 1981. Antes de dicha norma, la imposibilidad de poder separarse legalmente o divorciarse, hacía del todo inviable el uso de la mediación familiar. Sin embargo, a partir de la misma, fue posible pactar los puntos que conformaban el convenio regulador, y por ello, se pudo establecer mecanismos extrajudiciales en orden a resolver los efectos derivados de la separación, la nulidad o el divorcio contenidos en dicho convenio. Además, de forma paralela a esta Ley, y a través del *Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia*, vid. «BOE» n.º 62, de 8 de julio de 1981, se crearon tanto los Juzgados de Familia, como los equipos técnicos adscritos a ellos, esto es, los trabajadores sociales y los psicólogos.

¹⁵² Aunque este acontecimiento fue el más importante durante los años ochenta, la mediación familiar comenzó en 1986 en el *Val de Marne*, como consecuencia de la formación en mediación proporcionada por el Instituto de Mediación Familiar de Montreal, vid. N. BELLOSO MARTÍN, *La mediación familiar: algunas experiencias...*, loc. cit., op. cit., pp. 85 y 86 y; A. RIPOLL-MILLET, *Familias, trabajo social...*, op. cit., pp. 78 a 80.

¹⁵³ Para profundizar sobre los inicios de la mediación familiar francesa, vid. D. MACFARLANE, «Mediation in France», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, op. cit., pp. 201 y 202.

¹⁵⁴ Es importante tener en cuenta que en Alemania, desde 1977, ya existía una Ley que regulaba el divorcio no culpable. Dicha Ley permitía a los matrimonios la posibilidad de llegar a acuerdos sobre cualquiera de los efectos del divorcio. De manera que desde la citada fecha, en Alemania ya existía el contexto necesario para la práctica de la mediación, vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., p. 277.

La importancia de esta asociación se debe a que su progreso ha sido paralelo al desarrollo de la mediación familiar en Alemania. Algunas de sus actividades más destacadas

Justicia de Austria, hasta 1994, no comenzó a poner en marcha experiencias piloto en mediación familiar¹⁵⁵. Como consecuencia de los resultados obtenidos, se creó en 1996 la *Österreichischer Verein für Co-Mediation*, cuyo principal fin ha sido promover la práctica de la mediación familiar intrajudicial interdisciplinaria¹⁵⁶.

Como se puede observar, con el inicio de la década de los noventa, se extendía el uso de la mediación familiar, a través de programas piloto y de la labor de importantes asociaciones. Sin embargo, éstas no fueron las únicas expresiones de la llegada del «movimiento ADR» a Europa¹⁵⁷.

En Holanda, ante la expansión de la mediación a diferentes ámbitos y conflictos, un grupo de abogados y profesores de Universidad decidió crear, en 1993, el denominado *Nederlands Mediation Instituut*, en adelante NMI. Esta fundación pronto se convirtió en el epicentro de la mediación en Holanda. En 1995, se aprobaron por primera vez las denominadas *NMI Rules*, unas reglas básicas sobre el funcionamiento de este ADR. El NMI también comenzó a colaborar con el gobierno holandés para fomentar este método de resolución de disputas. Siguiendo esta línea, el Ministerio de Justicia, en 1996, puso en marcha varios proyectos piloto sobre media-

han sido: la elaboración de directrices para el correcto funcionamiento de la mediación familiar y; la aprobación de un programa de formación de mediadores familiares, así como un sistema para su acreditación, *vid.* N. ALEXANDER, W. GOTTWALD y T. TRENCZEK, «Mediation in Germany: the long and winding», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, pp. 227 y 239; S. BARONA VILAR, *Aproximación al movimiento...*, *loc. cit.*, pp. 68 y 69; S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial...*, *op. cit.*, pp. 99 y 100; M. MARTÍN CASALS, *Divorce Mediation...*, *loc. cit.*, pp. 10 y 11; M. WIEVIORKA (dir.), *La médiation une comparaison européenne*, Saint-Denis La Plaine, 2000, p. 39.

¹⁵⁵ *Vid.* U. FRAUENBERGER-PFEILER, «Austria», en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial mediation in Europe. National mediation rules and procedures, vol. I*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, p. 4.

¹⁵⁶ En este caso, la co-mediación consiste en utilizar dos mediadores, siendo uno de ellos jurista, y el otro psicólogo, *vid.* C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, «Mediation in Austria», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, pp. 73 y 74; M. WIEVIORKA (dir.), *La médiation une comparaison...*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁵⁷ Además, se consolidaba la mediación penal en los ordenamientos jurídicos alemán y austríaco, a través de las reformas en sus respectivos *Jugendgerichtsgesetz* (Código penal juvenil) –Austria en 1988 y Alemania en 1991–, así como en la reforma del *Strafgesetzbuch* (Código penal) alemán en 1994, y el *Strafprozessordnung* (Código de procedimiento penal) austríaco en 1999. Asimismo, en 1993, Francia preveía la mediación penal mediante la aprobación de la *Loi n.º 93-2, du 4 janvier 1993*, y posteriormente, con la adopción de la *Loi n.º 99-515, du 23 juin 1999*. *Vid.* N. ALEXANDER, W. GOTTWALD, T. TRENCZEK, *Mediation in Germany...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 225 y 226; K. DECKERT, «Mediation in Frankreich –Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen–», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Rechtstatsachen...*, *op. cit.*, pp. 231 a 238; K. DECKERT, «Mediation in France: Legal framework and practical experiences», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, pp. 492 a 497; U. FRAUENBERGER-PFEILER, *Austria, loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 4 a 6; D. MACFARLANE, *Mediation in...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 192 a 198; C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, *Mediation in...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 70; M. ROTH, D. GHERDANE, «Mediation in Austria: The european pioneer in mediation law and practice», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, pp. 156, 296 y 297.

ción intrajudicial, con el fin de investigar sobre los posibles beneficios e inconvenientes de su uso.

Francia también dio un salto cualitativo en esta década, a través de la aprobación de la *Loi n.º 95-125* y del *Décret n.º 96-652*¹⁵⁸. Ambas normas supusieron la regulación de la mediación intrajudicial en los litigios civiles¹⁵⁹. Además, en el mismo año 1995, se creó el importante *Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris* (CMAP), organización de referencia en el ámbito de la mediación comercial¹⁶⁰.

En resumen, para mediados de la década de los noventa, la práctica de la mediación en el ámbito familiar había gozado de grandes avances. Además, empezó a surgir la preocupación en torno a la manera de utilizar la mediación dentro del proceso judicial civil, como muestra los progresos realizados en Holanda y Francia.

B) La significación de la mediación familiar y su reflejo en las distintas legislaciones

Como ya se ha dicho, la utilización de la mediación familiar en Europa seguía en aumento. Sin embargo, su práctica se reducía a programas piloto aislados y a la labor de asociaciones¹⁶¹. En este contexto, el impulso necesario para que los Estados europeos comenzaran a regular la mediación familiar fue desempeñado por la *Recomendación n.º 1/1998, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre la mediación familiar* del Consejo de Europa¹⁶². Dicha Recomendación hacía hincapié en las ventajas de la mediación familiar a la hora de gestionar un conflicto en este ámbito, en

¹⁵⁸ *Loi n.º 95-125, du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, vid. Journal Officiel du 9 février 1995; *el Décret n.º 96-652, du 22 juillet 1996, relative à la conciliation et à la médiation judiciaires*, vid. Journal Officiel du 23 juillet 1996.

¹⁵⁹ Aunque ambas regularan la mediación intrajudicial civil en general, estaban dirigidas a la mediación familiar. En cuanto a estas normas, vid. K. DECKERT, *Mediation in Frankreich...*, loc. cit., op. cit., pp. 192 a 201; K. DECKERT, *Mediation in France...*, loc. cit., op. cit., pp. 463 a 465; M. MARTÍN CASALS, *Divorce Mediation...*, loc. cit., pp. 13 a 16; E. SERVERIN, «La médiateur civil et le service public de la justice», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, avril-juin 2003, pp. 229 a 246.

¹⁶⁰ Sobre este centro y otras organizaciones francesas para la mediación comercial, vid. A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Paris, 2003, pp. 3 a 6; K. DECKERT, *Mediation in Frankreich...*, loc. cit., op. cit., p. 191; K. DECKERT, *Mediation in France...*, loc. cit., op. cit., pp. 465 y 466; D. MACFARLANE, *Mediation in...*, loc. cit., op. cit., p. 209.

¹⁶¹ Tan sólo la legislación francesa, al regular la mediación intrajudicial en los litigios civiles, incluía en la misma los litigios familiares, vid. *supra*, nota n.º 159.

¹⁶² Vid. *Recomendación n.º 1/1998, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre la mediación familiar*, adoptada por el Comité de Ministros, el 21 de enero de 1998, en la reunión 616 de los delegados de los Ministros.

su capacidad para resolver efectiva y satisfactoriamente estas controversias, caracterizadas por poseer un fuerte componente emocional y por tener que proteger, ante todo, el interés superior del menor¹⁶³. En cualquier caso, si por algo influyó esta Recomendación en el resto de legislaciones europeas, fue por la plasmación de los principios que definen la mediación. En concreto, este documento recoge el principio de la voluntariedad; el principio de profesionalidad de los terceros; el principio de imparcialidad y neutralidad del mediador; la incapacidad de éste para tomar una decisión; y el principio de confidencialidad¹⁶⁴.

Esta Recomendación fue, sin duda, una de las principales causas que llevaron a diferentes Estados europeos a regular la mediación familiar en sus ordenamientos¹⁶⁵. En Alemania, en el mismo año 1998, entró en vigor la disposición 52a de la *Gesetz ubre die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Ley de jurisdicción voluntaria), que establecía la adecuación de iniciar este método de ADR en los casos de conflictos relativos al derecho de visitas¹⁶⁶.

Un año más tarde, en Austria, se incluyó también la mediación familiar mediante la reforma de la *Eherechts* (Ley de matrimonio)¹⁶⁷; y en el año 2001, con la modificación de la *Kindschaftsrechts* (Ley de padres y niños)¹⁶⁸. A través de ambas, los

¹⁶³ Del punto preliminar 2 al 5, y el Punto VI de la *Recomendación n.º 1/1998*.

¹⁶⁴ La propia Recomendación distingue ambos principios de imparcialidad y neutralidad, conceptos que a veces se confunden. Así, según ella, la imparcialidad del mediador se refiere a sus relaciones con las partes, esto es, a que guarde una igualdad entre las mismas a lo largo del proceso; mientras que la neutralidad de mediador se refiere a respetar los puntos de vista de las partes y el resultado del proceso, no influyendo en ninguno de los dos aspectos. Además, en dicha Recomendación se prevén otras obligaciones para los mediadores, como detectar posibles casos de violencia, proteger el interés del menor, y recomendar la asistencia de un abogado, o cualquier otro profesional que pueda ser necesario para el caso. También se hace referencia a la homologación de los acuerdos de mediación y a la relación entre el procedimiento de mediación y las autoridades judiciales. Para profundizar sobre esta Recomendación, vid. AA.VV., *Family mediation in Europe, proceedings of 4th European Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1-2 October 1998*, Strasbourg, april 2000.

¹⁶⁵ Tras esta Recomendación, muchos países europeos comenzaron a aprobar, en mayor o menor medida, diferentes normas sobre mediación familiar. No sólo Alemania, Austria, Francia o España, como se verá a continuación, sino también Bélgica, cuya Ley sobre mediación familiar intrajudicial data de 2001, vid. *Loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire*, vid. Belgian Official Journal, 3 du avril 2001.

¹⁶⁶ Vid. *Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG)*, BGBl. I.S. 2586. Se debe tener en cuenta que, el 9 de enero de 2009, entró en vigor la *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)* –Ley del Procedimiento en materia de familia y en materia de jurisdicción voluntaria–, vid. BGBl. I.S. 2586. A partir de esa fecha, la mediación familiar se regula en el artículo 135 y el artículo 156 de la misma. Lo más destacado de estas disposiciones es el establecimiento de la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa de mediación cuando así lo estime oportuno el órgano jurisdiccional.

¹⁶⁷ Vid. *Eherechts-Änderungsgesetz*, BGBl. I 125/1999.

¹⁶⁸ Vid. *Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz*, BGBl. I 135/2000.

jueces obtuvieron la facultad de invitar a las partes en procesos de divorcio a utilizar la mediación, especialmente, aquellas relativas a la guarda y custodia de los hijos¹⁶⁹.

Por su parte, Francia, en 2001, publicó un documento, el denominado Informe *Sassier*, a través del cual se derivaron las sucesivas normas francesas sobre mediación familiar¹⁷⁰. Gracias a sus recomendaciones, en el año 2002, se aprobó la *Loi n.º 2002-305*¹⁷¹. Según dicha ley, en caso de controversia entre los padres, el juez podía sugerirles su participación en una mediación con el fin de facilitar la búsqueda de un consenso. En el 2003, con el *Décret n.º 2003-1166*, Francia logró establecer los requisitos de formación necesarios para obtener la acreditación como mediador familiar¹⁷². Y en 2004, se adoptó la *Loi n.º 2004-439* relativa al divorcio, la cual estableció varios aspectos referentes a la mediación familiar, si bien el más significativo fue la obligatoriedad de acudir a la primera sesión informativa¹⁷³.

En España, a partir de 2001, se comenzaron a aprobar las primeras leyes de mediación familiar de las Comunidades Autónomas, aunque, en aquel momento, no existiera ninguna disposición estatal sobre la materia¹⁷⁴. En este sentido, la primera Ley con tales

¹⁶⁹ Vid. U. FRAUENBERGER-PFEILER, *Austria, loc. cit., op. cit.*, p. 4; C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, *Mediation in...*, *loc. cit., op. cit.*, p. 74.

¹⁷⁰ Vid. *Arguments et propositions pour un statut de la Médiation Familiale en France*, 2001.

¹⁷¹ *Loi n.º 2002-305, du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale*, *vid.* Journal Officiel du 5 mars 2002.

¹⁷² *Décret n.º 2003-1166, du 2 décembre 2003, portant création du Diplôme d'Etat de médiateur familial*, *vid.* Journal Officiel du 9 décembre 2003. Este documento fue desarrollado a través de la *Arrêté relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial*, *vid.* Journal Officiel du ministère des affaires sociales, du 12 février 2004.

¹⁷³ *Loi n.º 2004-439, du 26 mai 2004, sur le divorce*, *vid.* Journal Officiel du 27 mai 2004. Meses después, el *Décret n.º 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réformé de la procédure en matière familiale*, *vid.* Journal Officiel du 31 octobre 2004, extendió la mediación a todos los procedimientos del Derecho de familia.

¹⁷⁴ Todas estas leyes autonómicas, salvo la recientemente aprobada en Cataluña y Cantabria, se caracterizan por tener un contenido muy similar, concretamente, por regular los principios que rigen la mediación familiar, de forma similar a la *Recomendación n.º 1/1998*. Desde 2001 hasta 2005, las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes de mediación familiar han sido: 1.ª Cataluña, a través de la *Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña*, *vid.* «BOE» núm. 91, de 16 de abril de 2001; 2.ª Galicia, con la *Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia*, *vid.* «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2001; 3.ª Comunidad Valenciana, a través de la *Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana*, *vid.* «BOE» núm. 303, de 19 de diciembre de 2001; 4.ª Canarias, con la *Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias*, *vid.* «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2003, reformada por la *Ley 3/2005, de 23 de junio*, *vid.* «BOE» núm. 177, de 26 de julio de 2005 y; 5.ª Castilla La Mancha, a través de la *Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de mediación familiar de Castilla La Mancha*, *vid.* «BOE» núm. 203, de 25 de agosto de 2005.

Con posterioridad a 2005, otras Comunidades Autónomas han seguido aprobando leyes sobre la misma materia: 1.ª la *Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León*, *vid.* BOE núm. 105, de 3 de mayo de 2006; 2.ª la *Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*, *vid.*

características, y que precisamente dio el impulso definitivo a la mediación familiar en España, fue la Ley 15/2005¹⁷⁵. Con ella, se amplió por fin, la autonomía de la voluntad de los cónyuges en orden a disolver el vínculo matrimonial, se fomentó la solución consensuada de los temas objeto de discusión, y se reconoció a la mediación como un mecanismo óptimo para la resolución de conflictos familiares, de manera que a partir de la misma, comenzaron a ponerse en marcha los programas de mediación familiar intrajudicial, que tanto éxito han tenido¹⁷⁶. Dicho reconocimiento no sólo se declaró en la Exposición de Motivos de la citada Ley, sino que también se recogió en diversos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). En este sentido, las disposiciones a mencionar son dos: aquella que prevé la suspensión del proceso judicial para que así las partes puedan participar en este ADR (art. 770.7 LEC) y, el precepto que reconoce la validez del acuerdo de mediación (art. 777.2 LEC)¹⁷⁷.

C) La expansión de la mediación a otros ámbitos. Las primeras Leyes de mediación en el ámbito civil

En 1999, el Consejo de Europa adoptó la *Recomendación n.º 19/1999, del Comité de Ministros a los Estados miembros*,

«BOE» núm. 303, de 20 de diciembre de 2006; 3.ª la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid, vid. «BOE» núm. 153, de 27 de junio de 2007; 4.ª la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar de Asturias, vid. «BOE» núm. 170, de 17 de julio de 2007; 5.ª la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar del País Vasco, vid. «BOPV» núm. 34, de 18 de febrero de 2008; 6.ª la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, vid. «BOE» núm. 80, de 2 de abril de 2009; 7.ª la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, vid. «BOE» núm. 198, de 17 de agosto de 2009; 8.ª la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears, vid. «BOE» núm. 16 de 19 de enero de 2011; 9.ª la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, vid. «BOE» núm. 99, de 26 de abril de 2011.

¹⁷⁵ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, vid. BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

¹⁷⁶ Para conocer más sobre estos programas de mediación familiar intrajudicial, vid. R. LUQUIN BERGARECHE, «Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: Algunos factores de eficacia de la mediación en conflictos familiares», en M.C. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial: La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, n.º 136, 2007, pp. 44 a 62 y; R. SÁEZ VALCÁRCCEL, P. ORTUÑO MUÑOZ (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial: Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, n.º 111, 2006, pp. 193 a 647; H. SOLETO MUÑOZ, «La mediación vinculada a los tribunales», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, 2011, pp. 255 a 261. El propio Tribunal Supremo también empezó a declarar en sus sentencias la deseable utilización de la mediación como vía menos traumática para la resolución de conflictos. En este sentido, vid. A. VIDAL TEIXIDÓ, «Dossier de los tribunales sobre mediación», *Diario La Ley*, n.º 7927, pp. 3 a 5.

¹⁷⁷ Además, la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005, establece el compromiso del Gobierno de realizar una Ley de mediación. Esta norma ya se hizo pensando en la futura transposición de la Directiva 2008/52/CE. Si bien, en aquel momento era tan sólo una Propuesta de Directiva. En cuanto a la citada Disposición Final Tercera, vid. I. GARCÍA PRESAS, «La disposición final 3.ª de la Ley 15/2005, de 8 de julio», *RDP*, año n.º 93, mes 3, 2009, pp. 57 a 80.

sobre mediación en cuestiones penales¹⁷⁸. Aunque algunos Estados europeos ya habían experimentado y regulado la mediación penal¹⁷⁹, esta Recomendación animaba a la utilización y regulación legal de la mediación penal en aquellos otros países, que aún no la habían puesto en marcha. Con tal fin, aunque este documento advierta que debe ser cada ordenamiento jurídico el que establezca las debidas garantías legales a la mediación, dispone una serie de directrices que deben regir su funcionamiento¹⁸⁰.

Dos años más tarde, el Consejo de Europa aprobó la *Recomendación n.º 9/2001 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre alternativas a los litigios entre autoridades administrativas y particulares*¹⁸¹. A través de la misma se pretendía alentar a la utilización, tanto de la mediación como de otros tipos de ADR en el ámbito del Derecho administrativo¹⁸². Para ello, declaró: a) la utilidad de éstos a la hora de descargar de trabajo a los tribunales, mejorando así la calidad del derecho de acceso a la justicia; b) la capacidad para gestionar determinadas disputas de una forma más satisfactoria y; c) su aptitud como instrumentos para acercar la Administración a los ciudadanos¹⁸³. A pesar de esta Recomen-

¹⁷⁸ Vid. *Recomendación n.º 19/1999, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre la mediación en cuestiones penales*, adoptada por el Comité de Ministros, el 15 de septiembre de 1999, en la reunión 679 de los delegados de los Ministros.

¹⁷⁹ Alemania, Austria y Francia son ejemplo de tal afirmación, *vid. supra*, nota n.º 157.

¹⁸⁰ Dichas directrices van dirigidas tanto a los órganos jurisdiccionales penales (apartado IV), como a los propios servicios de mediación (apartado V). Sin duda, esta Recomendación debe ser referencia para España, porque sólo existen experiencias piloto en diversos órganos jurisdiccionales. Si bien, algunas regulaciones han influido indirectamente en su utilización, como es la *Ley 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor*, *vid. «BOE»* núm. 11, de 13 de enero de 2000, modificada por la *Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre*, que invita a utilizar la mediación, en tanto que recoge en su articulado la conciliación y la reparación del daño (art. 19); o la *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, *vid. «BOE»* núm. 296, de 12 de diciembre de 1995, la cual establece la posibilidad de crear oficinas públicas de asistencia (art. 16), y en ellas, posteriormente, se han ido desarrollando servicios públicos de mediación. *Vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas...*, *op. cit.*, pp. 148 a 151; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZÓNIS, «Spain», en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, pp. 451 y 452; J.P. ORTUÑO MUÑOZ, J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos...», *loc. cit.*, pp. 59 a 88 y; M.C. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial: La mediación civil y penal...*, *op. cit.*, pp. 159 a 302.

¹⁸¹ Vid. *Recomendación n.º 9/2001, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre alternativas a los litigios entre autoridades administrativas y particulares*, adoptada por el Comité de Ministros, el 5 de septiembre de 2001, en la reunión 762 de los delegados de los Ministros.

¹⁸² Según el apartado I.1.ii) de la *Recomendación n.º 9/2001*, cuando ésta alude a los medios alternativos de solución de conflictos, se está refiriendo a: a) recursos o revisiones administrativos; b) conciliación; c) mediación; d) negociación y; e) arbitraje.

¹⁸³ En este sentido, el apartado 2 de la *Recomendación n.º 9/2001* enumera una serie de casos donde la utilización de los ADR es conveniente: a) conflictos derivados de actos administrativos individuales; b) disputas surgidas de contratos públicos; c) supuestos de

ción, la mediación como método para resolver disputas administrativas no ha sido, en general, suficientemente desarrollada por los Estados europeos. En cambio, en Holanda, sí se ha utilizado la mediación administrativa como técnica de entendimiento entre ciudadanos y poderes públicos a la hora de elaborar leyes, esto es, no para resolver conflictos, sino para evitarlos y prevenirlos¹⁸⁴.

Por último, en el año 2002, el Consejo de Europa aprobó la *Recomendación n.º 10/2002, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre mediación en asuntos civiles*¹⁸⁵. Sin duda, esta Recomendación es el símbolo de la etapa que los Estados europeos han estado experimentando con este método de resolución de disputas durante los últimos años: la regulación completa de la mediación en normas propias, todo ello con el fin de utilizar este ADR, ya no sólo en el ámbito familiar, sino en el conjunto de materias que constituyen el Derecho privado.

Sin embargo, con anterioridad a la aparición de este fenómeno, y uniéndose a los primeros pasos producidos a mediados de los años noventa, Alemania y Holanda siguieron desarrollando diferentes disposiciones e innovadores programas con el fin de adecuar la mediación al proceso judicial civil. En 1999, Alemania aprobaba la Sección 15a de la *Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung* (Ley Introductoria al Código de Procedimiento Civil)¹⁸⁶. Tres años

responsabilidad patrimonial de las Administraciones y; d) reclamaciones de cantidad en general.

¹⁸⁴ Esta técnica de mediación recuerda al denominado *Reg-Neg* estadounidense, *vid. supra*, nota n.º 92. En esta línea, la mediación sirve para llegar a un acuerdo durante el proceso de elaboración de una ley, cuando los intereses de los particulares y de las Administraciones son contrapuestos. Así, cuando ésta sea aprobada, también será aceptada por los sectores afectados. *Vid.* A. J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, *The dutch landscape...*, *loc. cit.*, *op.cit.*, pp. 299 a 303.

Dicha técnica no sólo se ha llevado a cabo en la preparación de leyes, sino también en la elaboración de proyectos, y especialmente, en aquéllos que afectan al medioambiente. En este sentido, la mediación medioambiental también ha sido desarrollada en Austria y Alemania. *Vid.* M. WIEVIORKA (dir.), *La mediation une comparaison...*, *op. cit.*, pp. 40, 41, y 54. Austria se convirtió en el primer país de la UE que regulaba la mediación para este campo (*Umweltverträglichkeits- Prüfungs- Gesetz*, *BGBI I* 89/2000). Años después, la construcción del aeropuerto internacional de Viena dio lugar a la mediación medioambiental más importante de Europa, hasta el momento, *vid.* U. FRAUENBERGER-PFEILER, *Austria*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 6; C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, *Mediation in...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 69 y 70; 74 a 76; M. ROTH, D. GHERDANE, *Mediation in Österreich...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 155 y 156. En cuanto a la mediación medioambiental en Alemania, *vid.* N. ALEXANDER, W. GOTTWALD, T. TRENCZEK, *Mediation in Germany...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 230 y 231.

¹⁸⁵ *Vid. Recomendación n.º 10/2002, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre mediación en asuntos civiles*, adoptada por el comité de Ministros, el 18 de septiembre de 2002, en la reunión 808 de los delegados de los Ministros.

¹⁸⁶ *Vid. Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung*, *BGBI I*, Nr. 55, S. 2400. Una innovadora disposición que permitía establecer ADR intrajudiciales obligatorios –no sólo se refiere a la mediación–, si bien se refería exclusivamente a: a) litigios de un valor inferior o igual a 750 Euros; b) disputas vecinales y; c) conflictos relaciones con difamaciones, siempre y cuando éstas fueran vertidas por prensa o radio.

más tarde, se reformó la *Zivilprozessordnung* (Código de Procedimiento Civil)¹⁸⁷ para incluir la Sección 278.5.

A partir del año 2000, el Ministerio de Justicia de Holanda, preocupado por el aumento de la litigiosidad, puso en marcha varias iniciativas¹⁸⁸. En concreto, se iniciaron dos proyectos de mediación denominados: *Mediation naast rechtspraak* (Mediación intrajudicial) y *Mediation in de Gefinancierde rechtsbijstand* (Mediación como asistencia legal)¹⁸⁹. Los resultados de ambos programas fueron muy positivos. Sobre esta base, el Ministerio de Justicia realizó una declaración acerca del uso y fomento de la mediación dentro de la Administración de Justicia –*Mediation en het Rechtsbestel*– de 19 de abril de 2004. Como consecuencia de este documento, a partir del 1 de abril de 2005, comenzó a implantarse la mediación en muchos de los tribunales holandeses, ya no de forma experimental, sino con vocación de permanencia¹⁹⁰.

Sin perjuicio de las citadas manifestaciones, una vez publicada la *Recomendación n.º 10/2002*, tanto Austria como Bélgica aprobaron sus propias leyes de mediación en el ámbito civil y comercial¹⁹¹. Normas que simbolizaban la fase iniciada por la

¹⁸⁷ Vid. *Zivilprozessordnung*, BGBl I 2001, S 1887. Esta norma atribuía a los órganos jurisdiccionales la tarea de invitar a las partes a participar en algún ADR. En este caso, se establecía la modalidad intrajudicial de forma totalmente voluntaria, remitiendo a las partes a otro juez-mediador, o bien, a un mediador externo.

Para conocer detalladamente el impacto que han tenido ambas normas –Secciones 15a y 278– en Alemania, vid. N. ALEXANDER, W. GOTTWALD, T. TRENCZEK, *Mediation in Germany...*, loc. cit., op. cit., pp. 233 a 237, 244 a 247 y 253 a 255; N. ALEXANDER, «From common law to civil law jurisdictions: court ADR on the move in Germany», *ADR Bull.*, vol. 4, n.º 8, 2002, pp. 110 a 113; I. BACH, U.P. GRUBER, «Germany», en C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PÁLAO (eds.), *Civil and commercial...*, op. cit., pp. 175 a 185; K. HOPT, F. STEFFEK «Mediation –Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Rechtstatsachen...*, op. cit., pp. 7 a 9; P. TOCHTERMANN, «Mediation in Germany: The german mediation act –alternative dispute resolution at the crossroads», en K. HOPT y F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles...*, op. cit., pp. 529 a 538.

¹⁸⁸ Reflejo de dicha preocupación fue el informe *Meer Wegen naar het Rect. Beleidsbrief ADR 2000-2002* presentado por el Ministerio de Justicia ante el Parlamento holandés, vid. J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, *The dutch landscape...*, loc. cit., op. cit., p. 285.

¹⁸⁹ Ambas iniciativas no hubieran podido llevarse a cabo sin la asistencia del NMI. En concreto, los jueces remitían a los mediadores de dicho instituto, los cuales se guiaban por las *NMI Rules*. Vid. J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, *The dutch landscape...*, loc. cit., op. cit., pp. 286 y 287.

¹⁹⁰ Vid. J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, *The dutch landscape...*, loc. cit., op. cit., p. 288; B. NIEMEIJER, M. PEL, «Court-based mediation in The Netherlands: research, evaluation and future expectations», *Penn St. L. Rev.*, n.º 110, 2005-2006, pp. 345 a 379; M. SCHOLTEN, «La situation actuelle de la médiation judiciaire aux Pays-Bas», *Petites affiches*, 9 décembre 2005, n.º 245, pp. 15 y 16; L. SCHMIEDEL, *Mediation in den Niederlanden...*, loc. cit., op. cit., pp. 336 y 337, 384 a 395; L. SCHMIEDEL, *Mediation in the Netherlands...*, loc. cit., op. cit., pp. 708 y 709.

¹⁹¹ Austria adoptó en el año 2003 su propia Ley federal sobre mediación en asuntos civiles, vid. *Bundesgesetz ubre mediation in zivilrechtssachen*, BGBl I 2003/29. Meses después de adoptarse esta ley, se aprobó otra norma que modificaba el Código

citada Recomendación, esto es, la regulación completa de la mediación como vía de resolución de conflictos propios del ámbito privado.

A la luz de lo expuesto en estas páginas, se puede concluir que los Estados europeos se encuentran, actualmente, ante la edad adulta de la mediación. Durante la década de los ochenta y hasta mediados de los noventa, se produjo su nacimiento e infancia, esto es, las primeras experiencias y prácticas, esencialmente, en el ámbito familiar. A continuación, desde finales de los noventa hasta mediados de la pasada década, comenzó una segunda fase, caracterizada por la regulación, principalmente, de la mediación familiar, y la modificación de las leyes de procesales civiles¹⁹². Y finalmente, la última etapa, constituida por la aprobación de normas que regulan de forma completa la mediación.

Dentro de este tercer período, en tanto que caracterizado por el tratamiento omnicompreensivo de la mediación, comienza a incluirse una nueva dimensión, aquella que consiste en la regulación de dicho ADR, también como método para resolver conflictos transfronterizos. Este nuevo campo, que aparece en la última etapa del desarrollo de la mediación en Europa, también surgió años antes en EE.UU., pues la mediación como mecanismo para la resolución de disputas transfronterizas constituye, precisamente, la última fase

civil, la *Zivilrechts-Änderungsgesetz*, vid. *BGBI I 91/2003*, y que también incluía la mediación, esta vez, para resolver conflictos vecinales. Asimismo también es importante el estatuto que regula los requisitos formativos y profesionales de aquellos que quieran acreditarse como mediadores por el Ministerio de Justicia, *Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung*, vid. C. Matzl, A. Prokop-Zischka, S. Ferz, *Mediation in...*, loc. cit., op. cit., pp. 69, 79 a 81. Para tener una visión completa sobre la Ley austriaca de mediación en asuntos civiles, vid. U. FRAUENBERGER-PFEILER, *Austria*, loc. cit., op. cit., pp. 4 a 27; M. MARTÍN CASALS, *Divorce Mediation...*, loc. cit., pp. 21 a 23; M. ROTH, D. GHERDANE, *Mediation in Österreich...*, loc. cit., op. cit., pp. 108 a 154 y 157 a 179; M. ROTH, D. GHERDANE, *Mediation in Austria...*, loc. cit., op. cit., pp. 247 a 293.

Por su parte, Bélgica adoptó su Ley de mediación en el año 2005, vid. *Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation*, vid. *Belgian Official Journal*, du 22 mars 2005. Ésta logró una regulación omnicompreensiva, de tal manera que no sólo modificó el ordenamiento procesal, sino que incluso derogó la Ley de mediación familiar que había sido aprobada cuatro años antes, vid. *supra*, nota n.º 165. Para profundizar sobre el contenido de esta Ley, así como de la situación general concerniente a la regulación de la mediación en Bélgica. Vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., pp. 281 a 286; M. MARTÍN CASALS, *Divorce Mediation...*, loc. cit., pp. 23 y 24; M. TRAEST, «Belgium», en C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, op. cit., pp. 45 a 68; H. VERBIST, «The belgian law on mediation», en J. C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUZ, G.H. POINTON, *ADR in business: practice and issues across countries and cultures*, The Netherlands, 2006, pp. 249 a 262; I. VEROUGSTRAETE, «Conclusions du groupe de travail belge sur la médiation en matière civile et commerciale», *Petites affiches*, 9 décembre 2005, n.º 245, pp. 7 y 8.

¹⁹² Además, en esta fase, los Estados europeos también empezaron a desarrollar la mediación en otros muchos ámbitos, como el escolar, el intercultural, el sanitario, el comunitario y el organizacional.

de la evolución del «movimiento ADR»¹⁹³. Una fase cuyo progreso, se ha producido, gracias a la iniciativa de diversas instituciones y organizaciones internacionales¹⁹⁴. De hecho, en los últimos años, la obligatoria transposición de la Directiva 2008/52/CE, no sólo ha ocasionado la regulación de la mediación en su vertiente transfronteriza, sino que además ha provocado la adopción de Leyes que regulan la misma desde una perspectiva también interna, materializando de una sola vez, ésta última etapa¹⁹⁵. Paradigma de esta afirmación es la propia Ley española, la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*¹⁹⁶.

¹⁹³ Vid. *supra*, nota n.º 110.

¹⁹⁴ En este sentido, vid. S.K. HUBER, E.W. TRACHTE-HUBER, «International ADR in the 1990's: The top ten developments», *Hous. Bus. & Tax L. J.*, vol. 1, 2001, pp. 219 a 221.

¹⁹⁵ Por otro lado, los países que ya habían aprobado Leyes de mediación en el ámbito civil con anterioridad a la adopción de la Directiva 2008/52/CE, también han aprobado normas reguladoras de la mediación transfronteriza para cumplir la obligada transposición. En este sentido, Austria aprobó en 2011 la *EU-Mediationsgesetz*, vid. BGBl I 2011/21. Para profundizar en el contenido de esta Ley, vid. U. FRAUENBERGER-PFEILER, *Austria*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 6 a 27; M. ROTH, D. GHERDANE, *Mediation in Austria...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 293. Asimismo, el Reino Unido adoptó en el mismo año las *Cross-Border mediation (EU Directive) Regulations*, vid. SI 2011 N.º 1133. Sobre las mismas, vid. E. B. CRAWFORD, J. M. CARRUTHERS, «United Kingdom», en C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, pp. 521 a 528.

En cambio otros países en la misma situación como Bélgica, no han visto necesario dicha adaptación posterior de su ordenamiento jurídico a la Directiva 2008/52/CE, al entender, que con la regulación existente se cumplen ya de forma mayoritaria los mandatos de la norma de la UE. En este sentido, vid. M. TRAESE, *Belgium*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

¹⁹⁶ Otros ejemplos se encuentran en los ordenamientos jurídicos de Italia, Francia y Alemania. En el primer país, el *Decreto legislativo, 4 marzo 2010, n.º 28 Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, vid. *Gazzetta Ufficiale* n.º 53, 5 marzo 2010; y el *Decreto Legislativo, 18 ottobre 2010, n.º 180, Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n.º 28*, vid. *Gazzetta Ufficiale* n.º 258, 4 novembre 2010, vid. G. DE PALO, L. KELLER, «Mediation in Italy: Alternative dispute resolution for all», en K. J. HOPT, F. STEFFEK, *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, p. 693; I. QUEIROLO, L. CARPANETO, S. DOMINELLI, «Italy», en C. Esplugues, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, pp. 251 a 282.

Asimismo, la *Ordonnance n. 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 May 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, vid. *Journal Officiel* du 11 novembre 2011, transpone la Directiva 2008/52/CE al ordenamiento jurídico francés, extendiendo su ámbito de aplicación también a la mediación interna. En cualquier caso, la situación legislativa actual de la mediación en Francia se caracteriza por su dispersión normativa. En este sentido, vid. K. DECKERT, *Mediation in France...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 458; E. GUINCHARD, M. BOUCARON-NARDETTO, «France», en C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, pp. 131 a 157.

Por último, la Ley alemana también realiza igual extensión en la *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung (MediationsG)*, vid. BGBl I.S. 1577, vid. I. BACH, U.P. GRUBER, *Germany*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 162 a 189; P. TOCHTERMANN, *Mediation in Germany...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 571 a 573.

IV. LA UTILIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA RESOLVER CONFLICTOS CON REPERCUSIÓN TRANSFRONTERIZA

La utilización de la mediación para la resolución de disputas transfronterizas fue impulsada, en primer lugar, por aquellas organizaciones internacionales e instituciones dedicadas a la solución de conflictos en el comercio internacional, en concreto, aquellas expertas en el arbitraje comercial internacional¹⁹⁷. Posteriormente, la mediación, también en esta dimensión transfronteriza, sufrió un período de expansión. En concreto, se ha ido extendiendo a otros ámbitos, como el familiar internacional, especialmente, en la sus-tracción internacional de menores, y a su vez, se ha ido regulando en diversos instrumentos internacionales y en las Leyes de distintos países.

1. LA LABOR DESEMPEÑADA POR LA CNUDMI

Desde un principio, la CNUDMI, –*Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*–, focalizó su atención en el arbitraje comercial internacional¹⁹⁸. Incluso antes de la creación de dicho órgano en 1966, la Organización de las Naciones Unidas elaboró el exitoso *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958*¹⁹⁹.

En esta misma línea, la CNUDMI ha seguido prestando una mayor atención al arbitraje, por ser el método de resolución de

¹⁹⁷ En la actualidad, estas instituciones siguen teniendo una importancia fundamental en el ámbito de la resolución de conflictos comerciales internacionales. En este sentido, vid. N. ALEXANDER, «Four mediation stories from across the globe», *RebelsZ*, vol. 47, 2010, pp. 753 a 757; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation in international business*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 224 a 228; A. CONNERTY, *A Manual of international dispute resolution*, London, 2006, pp. 267 a 292; M. MCHWRATH, J. SAVAGE, *International arbitration and mediation. A practical guide*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2010, pp. 88 a 91; G. PALAO MORENO, «Mediación y Derecho internacional privado», en E. M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M. D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, op. cit., p. 657

¹⁹⁸ El objetivo principal de esta Comisión es la armonización y unificación del Derecho comercial internacional. En su primera sesión, en 1968, se decidió dar prioridad a tres líneas de trabajo, una de ellas, la del arbitraje comercial internacional. Vid. I. I. DORE, «Peaceful settlement of international trade disputes: Analysis of the scope of application of the UNCITRAL Conciliation Rules», *Colum. J. Transnat'l. J.*, vol. 21, 1982-1983, p. 339; I. I. DORE, *Arbitration and conciliation under the UNCITRAL Rules: A textual analysis*, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986, p. 8.

¹⁹⁹ El *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958*, vid. «BOE» núm. 164, de 11 de julio de 1977.

conflictos comerciales internacionales más común, sin embargo, ello no desmerece la relevante labor que ha llevado a cabo en relación con la conciliación²⁰⁰. En este sentido, los instrumentos protagonistas son: a) el *Reglamento de Conciliación* de 1980 y; b) la *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional* de 2002, en adelante *Ley Modelo*²⁰¹.

Los dos siguientes apartados se centrarán en la influencia que ambos instrumentos sobre conciliación han tenido en el desarrollo de la mediación como método de resolución de conflictos comerciales internacionales.

A) **El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI de 1980 y los reglamentos de las instituciones dedicadas a la resolución de conflictos comerciales internacionales**

El Reglamento de Conciliación fue aprobado por la CNUDMI el 23 de julio de 1980, y adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 4 de diciembre del mismo año²⁰². Está compuesto por 20 artículos y una cláusula modelo. En dichas disposiciones se reflejan muchos de los aspectos más característicos, así como diferenciadores de la mediación respecto del arbitraje: a) su voluntariedad; b) su carácter no adversarial sino de cooperación entre las partes y de ellas con el tercero; c) el papel del mediador como mero asesor; d) el carácter contractual del acuerdo final y; e) el principio de confidencialidad respecto del arbitraje o proceso judicial posterior²⁰³.

El Reglamento de Conciliación, a diferencia de la *Ley Modelo* posterior, fue aprobado para ser utilizado directamente por aquellos que tuvieran una controversia, –no establece ninguna restric-

²⁰⁰ En 1978 la conciliación comercial internacional se decidió incluir como área de trabajo de la Comisión. Si bien, la misma se entendió subsumida dentro de la línea del arbitraje comercial internacional, considerada como principal. *Vid.* I.I. DORE, «Peaceful settlement...», *loc. cit.*, pp. 339 y 340; I.I. DORE, *Arbitration and conciliation...*, *op. cit.*, p. 8. Aunque la CNUDMI emplee siempre el término «conciliación», en el ámbito internacional, dicho vocablo es sinónimo de mediación.

²⁰¹ Todos ellos pueden ser consultado en la página web de la propia CNUDMI. Asimismo, en la actualidad, existe un proyecto de Reglamento de la CNUDMI sobre ODR «online dispute resolution» en las relaciones B2B y B2C.

²⁰² *Vid.* Resolución 35/52 de 4 de diciembre de 1980.

²⁰³ Para estudiar en profundidad el articulado del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, *vid.* I.I. DORE, *Peaceful settlement...*, *loc. cit.*, pp. 342 a 352; I. I. DORE, *Arbitration and conciliation...*, *op. cit.*, pp. 13 a 40; H.M. HOLTZMANN, «Dispute resolution in Europe under the UNCITRAL Conciliation Rules», en D. BARDONNET (ed.), *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe: Perspectives d'avenir*, Dordrecht, Boston, London, 1991, pp. 300 a 303; L.C. REIF, «The use of conciliation or mediation for the resolution of international commercial disputes», *Can. Bus. L. J.*, vol. 45, 2007, pp. 31 a 34; L.C. RIEF, «Conciliation as a mechanism for the resolution of international economic and business disputes», *Fordham Int'l. L. J.*, vol. 14, pp. 615 a 619.

ción *ratione materiae* o *personae*—, pero no para servir de referencia a los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados²⁰⁴. A pesar de tal objetivo, su importancia no proviene de su uso directo por aquellas partes enfrentadas en una controversia, sino de la influencia que ha tenido sobre los reglamentos de otras instituciones²⁰⁵. Porque son éstas las sedes donde, en la mayoría de las ocasiones, se lleva a cabo una mediación y/o un arbitraje dentro del comercio internacional.

Desde la aprobación del Reglamento de Conciliación, muchas instituciones y asociaciones han adoptado sus propias normas sobre mediación inspiradas en el citado Reglamento, especialmente, en aspectos tan importantes como el de la confidencialidad²⁰⁶. Por ejemplo, las normas de conciliación de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA); las NMI *Mediation Rules*; aquellas pertenecientes al *Indian Council of Arbitration* (ICA); y otras tan importantes como las *Mediation Rules* de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) o; del *CPR Institute for Dispute Resolution*. Incluso otras instituciones recomiendan directamente su utilización, como el *Australian Center for International Commercial Arbitration* (ACICA)²⁰⁷.

Por otra parte, también se produjeron modificaciones sobre regulaciones que existían con anterioridad al propio Reglamento de Conciliación. Respecto de este último supuesto, el caso más

²⁰⁴ Vid. J. BARKER, «International mediation –A better alternative for the resolution of commercial disputes: Guidelines for an U.S. negotiator involved in an international commercial mediation with Mexicans», *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, vol. 19, 1996, p. 15; L. C. REIF, *The use of...*, loc. cit., p. 32; L.C. RIEF, *Conciliation as a mechanism...*, loc. cit., p. 616; W.K. SLATE II, S. H. LIEBERMAN, J. R. WEINER, M. MICANOVIC, «UNCITRAL: Its workings in international arbitration and a new model conciliation law», *Cardozo J. Conflict Resol.*, vol. 6, 2004, p. 93.

En este sentido, aunque el Reglamento y la Ley Modelo operan independientemente, ambos pueden interactuar, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., p. 340; J-M. JACQUET, «La Loi-type de la CNUDCI du 24 juin 2002 sur la conciliation commerciale internationale», *Rev. Arb.*, n.º 1, 2004, p. 64. De hecho, algunas legislaciones de los años noventa, se vieron influenciadas por este Reglamento, o incluso adoptaron su texto, como Nigeria, Bermudas, India, Costa Rica, Nueva Zelanda, Kenia, Zimbabue y algunos de los estados de EE.UU, como California, Oregon y Texas. Vid. J. M. JACQUET, *La Loi-type de la...*, loc. cit., p. 64; P. SANDERS, *The world of UNCITRAL on arbitration and conciliation*, The Hague, 2001, pp. 70 a 78.

²⁰⁵ Vid. G. GRIFFITH, A.D. MITCHELL, «Contractual dispute resolution in international trade: The UNCITRAL Arbitration Rules (1976) and the UNCITRAL Conciliation Rules (1980)», *Melb. J. Int'l. L.*, vol. 3, 2002, p. 198; H. HOLTZMANN, «Recent work on dispute resolution by the United Nations Commission on International Trade Law», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 5, 1999, p. 426; W. K. SLATE II, S. H. Lieberman, J. R. Weiner, M. Micanovic, «UNCITRAL...», loc. cit., p. 94.

²⁰⁶ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., pp. 339, 340 y 370; G. GRIFFITH, A. D. MITCHELL, *Contractual dispute...*, loc. cit., p. 198; H. HOLTZMANN, «Recent work...», loc. cit., p. 426; H.M. HOLTZMANN, *Dispute resolution...*, loc. cit., op. cit., p. 303.

²⁰⁷ Todas estas normas se encuentran recogidas en las respectivas páginas web de cada una de las citadas organizaciones.

relevante es el de la *Cámara de Comercio Internacional*, en adelante CCI. Esta institución es una de las más importantes en la resolución de conflictos en el ámbito comercial internacional²⁰⁸. De hecho, la CCI junto con otra organización, –el *International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*²⁰⁹–, jugaron un papel fundamental en la elaboración del Reglamento²¹⁰. Y aun así, éste inspiró un cambio de perspectiva respecto de la conciliación ofertada por la CCI, porque el citado Reglamento de Conciliación no proponía un «arbitraje flexible o facilitativo», sino un método de solución de conflictos distinto y completamente diferenciado de aquel²¹¹.

B) **La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002 y las Leyes de mediación de los distintos Estados. Especial referencia a la Uniform Mediation Act of 2001**

La Ley Modelo también se configura como elemento protagonista dentro de la evolución que ha sufrido la mediación comercial internacional²¹². Muchas leyes de mediación de distintos Estados se han basado en este instrumento: Albania, Canadá, Croacia, Eslovenia, EE.UU, Honduras, Hungría, Ex República Yugoslava de Macedonia, Montenegro y Nicaragua²¹³. Por su parte, España, aunque en

²⁰⁸ La CCI se fundó en 1919. Su función principal es proporcionar servicios de resolución de conflictos en todos los ámbitos del comercio internacional.

²⁰⁹ Fue creada en 1969, su función principal es la del arbitraje comercial internacional.

²¹⁰ Vid. I.I. DORE, *Peaceful settlement...*, loc. cit., p. 340; I.I. DORE, *Arbitration and conciliation...*, op. cit., p. 8.

²¹¹ Vid. GRIFFITH, A.D. MITCHELL, *Contractual dispute...*, loc. cit., pp. 198 y 199. Las primeras Reglas sobre Conciliación de la CCI fueron aprobadas en 1922. Posteriormente, fueron reformadas en 1927, 1933, 1947, 1955, 1975 y 1988. Al no satisfacer las necesidades del comercio internacional, se comenzó a trabajar en el actual Reglamento ADR. En este sentido, se debe advertir que antes de la II Guerra Mundial, la conciliación de la CCI era más importante que el arbitraje, si bien, con el paso de los años éste fue adquiriendo mayor relevancia en detrimento de la primera, vid. L.C. REIF, *The use of...*, loc. cit., p. 34; L. C. RIEF, *Conciliation as a mechanism...*, loc. cit., pp. 614 y 615; H. TÜMPEL, C. SUDBOROUGH, «ICC's ADR rules 2001-2010: Current practices, case examples and lessons learned», en A.INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business: practice and issues across countries and cultures*, vol. II, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 255; M.E. UZAL, *Solución de controversias en el comercio internacional*, Buenos Aires, 1992, pp. 43 y 44.

²¹² En cuanto al proceso de elaboración de la Ley Modelo, vid. R.N. DOBBINS, «UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation: From a topic of possible discussion to the approval by the General Assembly», *Pepp. Disp. Resol. L. J.*, vol. 3, 2003, pp. 529 a 538.

²¹³ Los países enumerados son los recogidos en la página web de la CNUDMI. Sin embargo, ello no significa que el grado de incorporación de la Ley Modelo a los respectivos ordenamientos jurídicos sea el mismo. Los Estados de Canadá, Croacia y EE.UU sí han seguido de forma más estricta el articulado de la Ley Modelo. Sin embargo, países

la Exposición de Motivos de su Ley 5/2012 declara la observancia de la Ley Modelo, lo cierto es que tal afirmación es más bien formal. En este sentido, la misma se basa, de forma prácticamente exclusiva, en la propia Directiva 2008/52/CE que transpone, y en las Leyes autonómicas previamente aprobadas. Sin embargo, ninguno de sus artículos parece basarse en la propia Ley Modelo, más allá de las características definidoras de la mediación, comunes en cualquier norma sobre la materia²¹⁴.

De todos los países enumerados con anterioridad, EE.UU es el más importante e influyente en esta materia, por ser origen de la mediación moderna y del «movimiento ADR», sin olvidar la relevancia de la norma donde la Ley Modelo se encuentra inserta, la *Uniform Mediation Act*. La relación entre la UMA y la Ley Modelo va más allá de la inserción de la segunda dentro de la primera. Ambas se elaboraron prácticamente en paralelo, –la primera fue aprobada en 2001, la segunda en 2002–, de modo que la UMA, como el propio Reglamento de Conciliación, tuvo una importante influencia en la propia Ley Modelo²¹⁵. Ello no significa que sean iguales, tienen diferencias, las cuales se deben a la propia naturaleza y finalidad armonizadora de la Ley Modelo. Con todo ello, la Sección 11.ª de la UMA insertó la Ley Modelo por referencia sólo un año después de su adopción, en agosto del año 2003²¹⁶.

En cualquier caso, la Sección 11.ª no sólo se encarga de incorporar por referencia a la Ley Modelo, sino que regula la relación entre ambas normas. En este sentido, la Ley Modelo no se aplicará si las partes acuerdan su no aplicación y, a menos que las partes acuerden la aplicación de la Ley Modelo, las disposiciones de

como Nicaragua, e incluso otros que no aparecen en la citada página web, como Ecuador, Noruega, Rumanía, Serbia, Eslovaquia o Turquía, han aprobado leyes cuyo contenido no goza de gran semejanza con la propia Ley Modelo, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pp. 343 y 372; P. BINDER, *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, 3.ª ed., London, 2010, pp. 458 y 459.

²¹⁴ España no es el único país que ha seguido el mismo patrón, también lo han hecho Bulgaria o Hungría, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pp. 343 y 373.

²¹⁵ Dicha conexión se materializó en M.B. Getty, Jefe de la Comisión para la redacción de la UMA de la NCCUSL, y a su vez, el asesor estadounidense en la elaboración de la Ley Modelo. *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, p. 371; E.E. DEASON, «Procedural rules for complementary systems of litigation and mediation worldwide», *Notre Dame L. Rev.*, vol. 80, n.º 2, 2004-2005, pp. 572 y 573; J. SEKOLEC, M. GETTY, «The UMA and the UNCITRAL Model Law: An emerging consensus on mediation and conciliation», *J. Disp. Resol.*, vol. 9, 2003, p. 19; J. SEKOLEC, M. GETTY, «The UMA and the UNCITRAL Model Rule: An emerging consensus on mediation and conciliation», *J. Disp. Resol.*, vol. 2003, n.º 1, 2003, p. 194.

²¹⁶ *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, p. 372; E.E. DEASON, *Procedural rules...*, *loc. cit.*, pp. 573 a 575; J. SEKOLEC, M. GETTY, *The UMA and the UNCITRAL...*, *loc. cit.*, pp. 19 y 20; J. SEKOLEC, M. GETTY, *The UMA and the UNCITRAL Model Rule...*, *loc. cit.*, p. 194.

la UMA relativas al deber de confidencialidad respecto del proceso judicial o arbitraje posterior, *–mediation privilege–*, serán de aplicación al otorgar una mayor protección²¹⁷.

2. EL IMPORTANTE PAPEL DESARROLLADO POR LA UNIÓN EUROPEA

Desde principios de los años noventa la UE también comenzó a interesarse por los ADR en general, y por la mediación en particular. Tras años de trabajo, se adoptó la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Una norma muy importante, porque su obligada transposición ha permitido que todos los Estados miembros deban recoger necesariamente en sus ordenamientos jurídicos la mediación civil y mercantil, al menos, con repercusión transfronteriza.

A) **Antecedentes de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles**

La Directiva se encuadra dentro del denominado *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, una competencia compartida entre la UE y los Estados miembros. El llamado *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* está formado por numerosas políticas, siendo la cooperación judicial en materia civil la línea concreta donde se subsumen los métodos alternativos de resolución de litigios²¹⁸. La cooperación judicial en materia civil se centra en el ámbito de la *Justicia*, es decir, en lograr un Espacio Judicial Europeo. Pero para ello, no sólo se deben armonizar los diferentes sistemas judiciales de los Estados miembros, sino también aquellos instrumentos extrajudiciales de solución de conflictos, en tanto que se configuran como complementarios al proceso judicial. Sólo así se mejora la calidad del derecho de acceso a la justicia de todos los Estados miembros. Para lograr este objetivo, la UE ha aprobado la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. A través de ella, se ha encargado de uniformar determinados principios básicos de funcionamiento de la mediación, para que ésta sea entendida de forma similar por todos los Estados miembros, y

²¹⁷ Vid. *Uniform Mediation Act with Prefatory...*, *op. cit.*, pp. 44 a 47; E.E. DEASON, *Procedural rules...*, *loc. cit.*, pp. 575 y 576.

²¹⁸ Vid. Art. 81.2.g) Tratado Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa). Antes de la entrada en vigor de este Tratado, tal y como establece la propia Directiva, artículo 61.c) del TCE.

para que los acuerdos de mediación logrados puedan ser reconocidos y ejecutados en todo el territorio de la UE.

Sin embargo, el proceso para la aprobación de la mencionada Directiva 2008/52/CE ha sido un camino largo y complicado²¹⁹. En este sentido, el primer documento en el seno de la UE que se refirió a la mediación, en concreto animando a su utilización, fue el *Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia*, adoptado el 3 de diciembre de 1998²²⁰. Este documento simplemente se limitaba a animar la utilización de la mediación²²¹. Apenas un año más tarde, en octubre de 1999, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, se vuelve a plasmar la posibilidad de comenzar a utilizar

²¹⁹ En cuanto a los antecedentes de la Directiva 2008/52/CE de forma general, vid. J. M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RPJ*, n.º 88, 2009, pp. 134 a 142; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pp. 68 a 70; E. BIRCH, «The historical background to the EU Directive on Mediation», *Arbitration*, vol. 72, n.º 1, February 2006, pp. 57 a 61. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas...*, *op. cit.*, pp. 33 y 34; A. BREA PALLARES, «La mediación en Europa», en E. SOUTO GALVÁN (dir.), *La mediación: un instrumento...*, *op. cit.*, pp. 33 y 34; M.P. CALDERÓN CUADRADO, J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «La mediación como alternativa a la jurisdicción», en A. DE LA OLIVA (dir.), *Derecho procesal civil europeo vol. II*, Cizur Menor, 2011, pp. 28 a 30; R. GIL NIEVAS, «La Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *AJ Aranzadi*, núm. 768/2008, p. 1; R. GIL NIEVAS, «La directiva de mediación en la comunidad europea», en M. GONZALO QUIROGA (dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2006, pp. 36 a 38; F. MARTIN DIZ, «Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos», en M.S. VELARDE ARAMAYO (coord.), *Introducción al derecho del arbitraje y la mediación*, Salamanca, 2006, pp. 77 a 79; G. MORENO CORDERO, «La Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación de consumo en el ordenamiento español)», *RCEA*, 2009, pp. 90 a 93; J. C. ORTIZ, «La nueva Directiva europea sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles de carácter transfronterizo», *RGDP*, n.º 15, mayo 2008, pp. 1 a 4; J. C. ORTIZ PRADILLO, «La mediación en la Unión Europea: la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», en N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, 2010, pp. 61 y 62; J.P. ORTUÑO MUÑOZ, «Modalidades alternativas de resolución de conflictos (I). El libro verde de la UE», *Iuris*, n.º 77, 2003, pp. 42 a 47; J.I. PAREDES PÉREZ, «La mediación en el consumo transfronterizo», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, La Coruña, 2010, pp. 292 a 294; A. YBARRA BORES, «Mediación familiar internacional y Unión Europea: Últimos avances», en M. D. FILIPPO, B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Sevilla, 2008, pp. 224 y 225.

²²⁰ *Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia*, vid. DOCE C 19, de 23 de enero de 1999. Este Plan de Acción nace como consecuencia del apartado 83 de las Conclusiones del Consejo de Viena de diciembre de 1998.

²²¹ El apartado 41.b) disponía: «estudiar la posibilidad de elaborar modelos de solución no judicial de los litigios, especialmente cuando se trata de conflictos familiares transnacionales. A este respecto, sería conveniente pensar en la mediación como un medio de resolver los conflictos familiares».

métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, como una vía para mejorar el acceso a la justicia dentro de la UE²²². Y ya en mayo del año 2000 el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE, mediante una serie de conclusiones en torno a estos mecanismos de solución de disputas, provoca la intervención de la Comisión, a través de un Libro Verde sobre los ADR en el ámbito civil y mercantil.

Así las cosas, el 19 de abril de 2002, el mismo año que se aprueba la Ley Modelo de la CNUDMI, se publica también El *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil*²²³. La importancia de este documento se debe a que señala realmente el comienzo de la política comunitaria de fomento de los ADR en los citados ámbitos, especialmente en lo que se refiere a la mediación. Es en el *Libro Verde* donde ya se habla del papel complementario, y no excluyente, de los ADR en relación con los procesos judiciales, convirtiéndose en un instrumento para mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia, reduciendo costes y tiempo a la hora de resolver controversias.

Los resultados de la consulta abierta por el citado *Libro Verde* se materializaron en la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 22 de octubre de 2004*²²⁴, que tras un arduo período de debate, donde se dejaron por el camino algunas pretensiones iniciales, desembocó en la citada *Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

B) Los trabajos elaborados por la Unión Europea sobre mediación en materia de consumo y mediación familiar

Aunque la Directiva incluye dentro de su ámbito de aplicación la materia de consumo y de familia, lo cierto es que lo hace con

²²² *Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre*, Apartado B, subapartado V, *Mejor acceso a la justicia*, vid. Bol. UE., n.º 10, 1999.

²²³ *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, de 19 de abril de 2002, vid. COM (2002) 196 final.

²²⁴ Vid. COM (2004) 718 final. En cuanto a la Propuesta, vid. M.T. ÁLVAREZ MORENO, «La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RPJ*, n.º 7, 2004, pp. 243 a 304; H. EIDENMÜLLER, «Establishing a legal framework for mediation in Europe: The proposal for an EC Mediation Directive», *SchiedsVZ*, 2005, n.º 3, pp. 124 a 129; E. NAVARRO CONTRERAS, «El proyecto de directiva de mediación y la mediación comercial internacional», en M. GONZALO QUIROGA (dir.) *Métodos alternativos...*, op. cit., pp. 59 a 68; A. YBARRA BORES, *Mediación familiar internacional...*, loc. cit., op. cit., pp. 225 a 235. En el 2004 también se adopta el Código de conducta europeo de los mediadores.

ciertas limitaciones. Sin duda, son dos ámbitos diferenciados, el primero, por la posición más débil del consumidor, el segundo, porque el Derecho de familia es una rama del ordenamiento jurídico sensible a la hora de ser armonizada, donde cada Estado refleja sus propias peculiaridades. Por estos motivos, ambas materias han sido objeto de distintos trabajos y documentos de la UE en relación con los ADR, y en especial, con la mediación.

a) *La mediación en materia de consumo*

Años antes de celebrarse la Cumbre de Viena de 1998, concretamente en 1993, y con el objetivo de mejorar el acceso del consumidor a la justicia, la UE ya comenzó a impulsar la utilización de los ADR en los conflictos de consumo²²⁵. La manifestación más importante de este temprano enfoque fue el *Libro Verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*²²⁶.

Tras esta primera manifestación, la Comisión aprobó dos importantes Recomendaciones que fijaron los principios rectores en procedimientos extrajudiciales para la solución de litigios en materia de consumo. En primer lugar, la *Recomendación 98/527/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*²²⁷; y en segundo lugar, la *Recomen-*

²²⁵ En cuanto a los antecedentes de la mediación en materia de consumo en el seno de la UE, *vid. Libro Verde...*, *op. cit.*, pp. 18 a 23; J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, *Reflexiones acerca...*, *loc. cit.*, pp. 134 a 142; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, p. 68; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas...*, *op. cit.*, pp. 30 a 35; A. BREA PALLARES, *La mediación...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 34; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Impulso de la Unión Europea a la resolución alternativa de litigios de consumo: un primer apunte a la propuesta legislativa», en E. M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, *op. cit.*, pp. 735 a 744; F. MARTIN DIZ, *Políticas de la Unión...*, *loc. cit.*, pp. 79 a 83; G. MORENO CORDERO, *La Directiva 2008/52/CE...*, *loc. cit.*, pp. 90 a 93; J.C. ORTIZ, *La nueva Directiva...*, *loc. cit.*, pp. 1 a 4; J. C. ORTIZ PRADILLO, *La mediación...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 58 y 59; G. PALAO MORENO, *Mediación y Derecho...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 659; J. I. PAREDES PÉREZ, *La mediación en el consumo...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 295 a 302.

²²⁶ *Vid. COM (93) 576 final*. En años sucesivos, les siguieron otras Comunicaciones de la Comisión, como la *Comunicación de la Comisión, de 14 de febrero de 1996, relativa a un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios de consumo en el mercado interior*, *vid. COM (96) 13 final*; la *Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 sobre la solución extrajudicial de conflictos de consumo*, *vid. COM (98) 198 final* y; la *Comunicación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a la extensión del acceso de los consumidores a los demás sistemas de solución de litigios*, *vid. COM (2001) 161 final*.

²²⁷ *Vid. DOCE L 115, de 17 de abril de 1998*. Esta Recomendación trata sobre aquellos procedimientos de solución de controversias donde existe una mayor intervención del tercero a través de la emisión de un dictamen formal, se recogían unos requisitos mínimos para la creación y funcionamiento de las ADR, con exclusión de la mediación.

*dación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo*²²⁸.

A su vez, en el año 2001, se fundó la denominada *EEJ-Net*, una red de puntos de contacto nacionales que sirven para informar y asistir a los consumidores que tienen conflictos transfronterizos que los enfrentan a empresas. Además, en el mismo año, se lanzó la red *FIN-NET*, complementaria a la primera, si bien se encarga de resolver disputas entre consumidores y proveedores de servicios financieros²²⁹.

La resolución alternativa de conflictos en materia de consumo goza de un importante campo de actuación en su modalidad *online*, reflejo de este aspecto es la *Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información*²³⁰; la *Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*²³¹; y la *Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*²³². Las dos primeras se limitan a encargar a los Estados miembros que faciliten el uso de los métodos alternativos de solución de disputas. La tercera se refiere a la conciliación y la mediación como métodos de resolución de litigios transfronterizos relativos a las redes o servicios de comunicaciones electrónicas²³³. Además, la UE también ha creado el *ECODIR (Electronic Consumer Dispute Resolution Platform)*, plataforma para la solución de conflictos que incluye la negociación, la mediación y la recomendación²³⁴.

²²⁸ Vid. DOCE L 109, de 19 de abril de 2001. Esta Recomendación se centra en los procedimientos que buscan un acercamiento entre las partes con la finalidad de alcanzar soluciones de mutuo consenso, sin perjuicio de que el tercero pueda proponer, de manera informal, una solución.

²²⁹ Vid. *Libro Verde...*, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

²³⁰ Vid. DOCE L 178, de 17 de junio de 2000.

²³¹ Vid. DOCE L 271, de 9 de octubre de 2002.

²³² Vid. DOCE L 108, de 24 de abril de 2002.

²³³ La *Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo*, vid. DOCE L 101, de 1 de abril de 1998, ya se refería a la conciliación u otros métodos de solución de litigios transfronterizos en dicho ámbito.

²³⁴ Durante la elaboración del *Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* se presentó una propuesta consistente en incluir, en materia de consumo, la posibilidad de que las partes acudieran a un ADR con anterioridad al proceso judicial pertinente. Aunque finalmente no se

En la actualidad, como resultado de todos los esfuerzos realizados, se ha aprobado la *Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*²³⁵. La cual no sólo debe ser complementada con el *Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*²³⁶; sino también, como ella misma indica, con la propia *Directiva 2008/52/CE*.

b) *La mediación familiar*

Como se indicó en páginas anteriores, el *Plan de Acción* derivado de la Cumbre de Viena de 1998, ya contenía una referencia a la mediación como medio para resolver conflictos familiares. Sin embargo, a pesar de dicha indicación, realizada en el mismo año que se aprobaba la *Recomendación n.º 1/1998* del Consejo de Europa, han existido pocas acciones en orden a impulsar la mediación familiar en el seno de la UE.

Antes de la aprobación de la *Directiva 2008/52/CE*, la actuación más significativa ha sido, sin duda, su inclusión en el vigente *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000*²³⁷. En este sentido, el artículo 55.e) se refiere a la obligación de las autoridades centrales, autoridades públicas de los Estados miembros u otros organismos a tener en cuenta la mediación como método para resolver conflictos transfronterizos entre los titulares de la responsabilidad parental²³⁸.

recogió en el texto aprobado del citado Reglamento, el Consejo y la Comisión hicieron una declaración conjunta destacando la importancia y ventajas de los ADR, *vid.* G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Irrupción del movimiento...*, *loc. cit.*, p. 107; *Libro Verde...*, *op. cit.*, pp. 21 a 23.

²³⁵ *Vid.* DOUE L 165, de 18 de junio de 2013.

²³⁶ *Vid.* DOUE L 165, de 18 de junio de 2013.

²³⁷ *Vid.* DOCE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

²³⁸ *Vid.* G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Irrupción del movimiento...*, *loc. cit.*, pp. 107 y 108; P. DIAGO DIAGO, «Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado», en A-L. CALVO CARAVACA, E. CASTELLANOS RUIZ (coords.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, 2008, p. 268; F. MARTIN DIZ, *Políticas de la Unión...*, *loc. cit.*, p. 82; P. ORTUÑO, «La mediación en el ámbito familiar», en I. SÁEZ HIDALGO, A. DORREGO DE CARLOS (dirs.), *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, Valladolid, 2013, p. 246; C. PARRA RODRÍGUEZ, «La presencia de los ADR en los conflictos internacionales de Derecho privado, una aproximación

Esta disposición se está refiriendo, especialmente, a los casos de sustracción internacional de menores, supuestos donde la mediación es un método particularmente útil, sobre todo, por su rapidez y su afán colaborativo. En este sentido, la UE posee la figura del *Mediador del Parlamento Europeo para casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores*, creada en 1987. Esta fecha, claramente anterior a los trabajos de la UE sobre mediación, se debe a que este método, en los casos de disputas relativas a la sustracción internacional de menores, había sido ya tratado, en especial, por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

3. LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL

Desde hace décadas, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha venido incluyendo dentro de sus Convenios sobre Derecho de familia internacional el recurso a mediación. El primero de los instrumentos que se refirió a métodos alternativos de solución de conflictos fue el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*²³⁹. En este sentido, el artículo 7 y el artículo 10 declaran la obligación de las autoridades centrales de los Estados consistente en lograr una restitución voluntaria del menor, así como facilitar una «solución amigable».

Posteriormente, se aprobaron otros Convenios, los cuales ya hacían una referencia expresa a la mediación: a) el artículo 31 del *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*²⁴⁰; b) el artículo 31 del *Convenio sobre protección internacional de los adultos, hecho en La Haya el 13 de enero de 2000* y; c) el artículo 6 y el artículo 34 del Con-

a su delimitación», en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, op. cit., p. 755; A. YBARRA BORES, *Mediación familiar internacional...*, loc. cit., op. cit., pp. 223 y 224.

El Reglamento 1347/2000, antecedente directo del Reglamento 2201/2003, no recogía dicha disposición, si bien, en su artículo 1.2 se establecía la plena equiparación entre los procesos judiciales y «los demás procedimientos que reconozca oficialmente cualquiera de los Estados miembros», vid. G. PALAO, «La mediación familiar internacional», en J. M. LLOPIS GINER (coord.), *Estudios sobre la Ley Valenciana de mediación familiar*, Valencia, 2003, p. 75.

²³⁹ Vid. «BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

²⁴⁰ Vid. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

venio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007²⁴¹. Las disposiciones citadas, aunque se refieren expresamente a la mediación, también hablan de conciliación y de «procedimientos análogos», «métodos similares» o «medios alternativos de resolución de conflictos». Todas ellas se dirigen a las autoridades centrales de los Estados y otros organismos competentes en orden a que faciliten y fomenten el uso de tales vías en orden a lograr acuerdos amistosos y cumplimientos voluntarios²⁴².

En cualquier caso, la mediación que más se ha desarrollado ha sido la correspondiente a la sustracción internacional de menores del Convenio de 1980. En este sentido, y con el fin de reforzar este instrumento más allá de una mera referencia dentro del citado instrumento, en los últimos años se han puesto en marcha interesantes iniciativas tanto privadas como de la propia Conferencia de La Haya.

Una de las iniciativas privadas más importantes es el proyecto REUNITE, desarrollado por una organización no gubernamental situada en el Reino Unido, y dirigido a aquellos casos de sustracción internacional de menores en dicho país. Si bien, también ha comenzado a trabajar sustracciones hacia Estados no miembros del Convenio, especialmente si son países islámicos²⁴³. También en Alemania, desde el año 2002, el BAFM ha creado una red de mediadores con la finalidad de tratar sustracciones internacionales de menores de conformidad con el citado Convenio²⁴⁴.

Asimismo, la Conferencia de La Haya, consciente de la necesidad de mejorar la mediación en este ámbito, por su potencial y ventajas, ha intensificado sus trabajos en los últimos años. En 2006, la

²⁴¹ Los dos últimos Convenios de La Haya citados pueden ser consultados en su página web.

²⁴² En cuanto a los Convenios de La Haya citados y la mediación, *vid* P. DIAGO DIAGO, *Aproximación...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 268 y 269; D. GANANCIA, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, París, 2007, pp. 80 a 83; D. NGABONZIZA, «La médiation dans les disputes familiales internationales. Le rôle futur des Conventions de la Haye», en S. DETRICK, P. VLAARDINGERBROEK, *Globalization of child law. The role of the Hague Convention*, The Hague, Boston, London, 1999, pp. 65 a 75.

²⁴³ Sobre este proyecto, *vid*. F. CALVO BABÍO, «La mediación en la sustracción internacional de menores», en M. GONZALO QUIROGA (dir.) *Métodos alternativos...*, *op. cit.*, pp. 165 a 178; P. DIAGO DIAGO, *Aproximación...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 271; C.C. PAUL, S. KAESLER, «Mediation within the framework of a German-English child abduction», *ADR Bulletin*, vol. 9, n.º 5, pp. 82 a 86.

²⁴⁴ *Vid*. C.C. PAUL, J. WALKER, «Family mediation in international child custody conflicts: The role of the consulting attorneys», *Am. J. Fam. L.*, vol. 22, n.º 1, Spring 2008, pp. 42 a 45; C.C. PAUL, J. WALKER, «A case for mediation: Family mediation in international child custody conflicts», *World Arb. & Med. Rev.*, vol. 1, n.º 4, 2007, pp. 589 a 594. La BAFM junto a la asociación BM fundaron en el 2008 la organización MiKK e V. para que ésta continúe con dichas tareas de mediación en el secuestro internacional de menores.

Oficina Permanente publicó un estudio comparativo sobre la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares en el contexto del Convenio de 1980²⁴⁵. En 2007, se publicó un análisis sobre la viabilidad de la mediación familiar transfronteriza, el cual tiene por objeto analizar las futuras líneas de trabajo de la Conferencia de la Haya en este ámbito²⁴⁶. Dicho documento tuvo respuesta al año siguiente, en un escrito que recoge las observaciones de los distintos Estados y organizaciones no gubernamentales²⁴⁷. Gracias a los citados estudios, se planteó, entre otras propuestas, la elaboración de una *Guía de buenas prácticas sobre mediación en el marco del Convenio de La Haya de 1980*, un documento esencial para la mediación en este ámbito, y que ha sido publicado en el año 2012²⁴⁸.

Otra iniciativa sumamente importante dentro de la Conferencia de La Haya es el denominado *Proceso de Malta*, un proyecto iniciado en 2004 cuyo objetivo es el diálogo entre los Estados parte del Convenio de 1980 y los Estados que no son parte, en especial los países islámicos. Todo ello con la finalidad última de conseguir un marco jurídico adecuado, así como el desarrollo de la mediación, la cual puede ser de gran utilidad a la hora de resolver conflictos transfronterizos de guarda y custodia en aquellos Estados que no son parte del citado instrumento internacional.

V. CONCLUSIONES

Aunque el origen de la mediación, como método alternativo de resoluciones de conflictos, y el nacimiento del «movimiento ADR» se produjeran en EE.UU., su puesta en práctica se extendió rápidamente a otros países. En Europa, el primer Estado influenciado por dicho movimiento fue el Reino Unido, debido principalmente al sistema jurídico que comparten, *—el common law—*, para a continuación, expandirse al resto de países europeos cuya tradición jurídica pertenece al Derecho continental.

²⁴⁵ Vid. *Notas sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas familiares transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de la Haya de 1980*, doc. prel. n.º 5, octubre 2006.

²⁴⁶ Vid. *Feasibility study on cross-border mediation in family matters*, prel. doc., n.º 20, March 2007.

²⁴⁷ Vid. *Feasibility study on cross-border mediation in family matters-responses to the questionnaire*, prel. doc., n.º 10, March 2008.

²⁴⁸ Vid. N. GONZÁLEZ MARTÍN, «Sexta reunión de la Comisión especial para la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 en materia de sustracción internacional de menores: especial referencia a la guía de buenas prácticas sobre mediación», en E. M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M. D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, op. cit., pp. 707 a 718.

En cualquier caso, la utilización de los ADR, y en especial de la mediación, tanto en EE.UU como en Europa se ha desarrollado con enorme similitud. En primer lugar, la experimentación y aplicación de diversos programas y proyectos de mediación elaborados e impulsados por distintas instituciones. En segundo lugar, algunas reformas legislativas, sobre todo, en el ámbito familiar y procesal civil. En tercer lugar, la adopción de leyes de mediación, encargadas de regular todos aquellos aspectos que rodean a este método de arreglo de diferentes. Y finalmente, el fenómeno que se está produciendo en la actualidad, y que consiste en añadir la perspectiva transfronteriza a dichas leyes, en particular, gracias al impulso dado por la Directiva 2008/52/CE y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional.

La definitiva igualdad en Italia de los derechos de los hijos: la reforma de la filiación y la patria potestad

EDUARDO DE LA IGLESIA PRADOS

Profesor Contratado Doctor Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

La normativa civil italiana conservaba la diferencia de los derechos de los hijos según su filiación, materia que ha sido objeto de una sustancial reforma concluida a lo largo del año 2013 y que, además de modificar la regulación de la filiación, ha afectado a otras materias cercanas como la determinación del parentesco, las relaciones paternofiliales y los derechos sucesorios. La importancia de tales cambios justifica su difusión en España, más en un momento en el cual se plantea la modificación del Código civil en cuestiones abordadas expresamente por la reforma italiana.

PALABRAS CLAVES

Código civil, descendientes, donaciones, filiación, heredero, herencia, hijo adoptado, italia, matrimonio, parentesco, patria potestad, progenitores.

ABSTRACT

Italian law retained the difference between the rights of the descendant according to their filiation, rules that have suffered an important reform during 2013, that, in addition to modify the regulation of filiation, also varies the rules about relatives, parental authority and inheritance. The importance of the reform justifies his exhibition in Spain, most when there is the amendment of the Civil Code in matters specifically analyzed by the Italian reform.

KEY WORDS

Adopted, civil code, descendants, donations, filiation, heir, inheritance, Italy, marriage, parental authority, parents, relatives.

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La estructura formal de la *Legge* 219/2012 reformadora de la materia y sus consecuencias.–II. *Apuntes sobre la regulación de la filiación en el Codice civile antes de la reforma*. 1. La evolución existente desde su promulgación hasta la *Legge* 219/2012. 2. Las causas justificativas del retraso en la equiparación de los derechos: la incidencia del artículo 29 de la Constitución.–III. *Filiación y parentesco: los principios esenciales de la reforma*. 1. Una esencial modificación terminológica: el hijo sin adjetivos. 2. El ámbito del parentesco: la plena integración del menor en la familia del progenitor. 3. La exclusión del parentesco en las adopciones de mayores de edad.–IV. *La reforma en materia de filiación*. 1. La modificación general del régimen de reconocimiento de hijos. 2. La posibilidad del reconocimiento de hijos incestuosos. 3. La reforma de la determinación de la filiación por posesión de estado. 4. La libre investigación de la filiación y la extensión de la presunción de paternidad. 5. La incidencia de la reforma en las acciones de filiación.–V. *La conservación formal, que no material, de los «hijos no reconocibles»*.–VI. *La nueva regulación de las relaciones paternofiliales*. 1. Modificaciones terminológicas y sistemáticas. 2. El establecimiento de un principio general en el artículo 315 del *Codice Civile*. 3. Los derechos de los menores. 4. La responsabilidad de los progenitores. 5. Especial referencia al derecho de audiencia al menor.–VII. *Modificaciones sobre la obligación de alimentos*.–VIII. *Incidencia de la reforma en el derecho sucesorio y las donaciones*.–IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN**1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

Las normas jurídicas tienen por objeto la regulación de la convivencia social conforme a la realidad imperante en cada momento temporal, circunstancia que provoca la necesaria revisión, modificación y, en su caso, supresión de la regulación de las instituciones existentes para su adecuación a los tiempos en los que han de ser aplicadas, no estando al margen de ello sino todo lo contrario, como no podía ser de otra forma, las previsiones sobre las instituciones propias del Derecho de familia, principalmente por ser una de las materias en las que más puede apreciarse la necesidad de la adaptación de la normativa a la realidad, al estar su ámbito fuertemente influenciado por las convicciones sociales de cada momento, por lo

que requieren su continua revisión para lograr el fin pretendido, su operatividad en la resolución de los conflictos para los que se aplican¹.

Estas circunstancias han provocado que la normativa sobre Derecho de familia en Italia haya sido objeto de una profunda transformación, al llevarse a cabo un sustancial cambio en su regulación por medio de la *Legge* número 219, de 10 de diciembre de 2012, denominada «disposiciones en materia de reconocimiento de los hijos naturales»², aunque el contenido de la citada norma, sin embargo y como se verá, es mucho más trascendente y ambicioso de lo que pudiera derivarse de su título, al afectar no sólo al ámbito propio de la filiación, parentesco y relaciones paternofiliales, sino también a otras ramas del Derecho civil, como las sucesiones³, cuyas disposiciones deberán adaptarse necesariamente a los principios rectores de la misma, tarea ya abordada por el Decreto Legislativo aprobado a tal fin⁴.

El motivo de tal disposición, y la pretensión tratada de lograr con ella, no ha sido otro que proceder a una equiparación de los

¹ La complejidad en la regulación de esta materia es expresamente reconocida por CARBONE, «Riforma della famiglia: considerazioni introduttive», en *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2013, p. 225, al señalar que estamos «ante uno de los sectores jurídicos más difíciles de regular: el de la familia y las relaciones familiares». En las Conclusiones de la *Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti alla famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina*, de 4 de marzo de 2013, presidida por el profesor Bianca y creada, como se expondrá, para el necesario desarrollo del contenido normativa de la Ley de reforma en el ordenamiento jurídico italiano, expresamente se indica cómo «la familia constituye el escudo fundamental de la sociedad y la legislación debe ser un instrumento suficiente para proponer soluciones para las necesidades insatisfechas por la normativa vigente o para superar dificultades hermenéuticas puestas de manifiesto en la aplicación jurisprudencial». Vid. al respecto, <http://www.politichefamiglia.it/media/84314/relazione%20conclusiva%20commissione%20bianca.pdf>, p. 3.

² Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* el día 17 de diciembre de 2012 y con entrada en vigor el 1 de enero de 2013.

³ La discordancia entre el título de la norma y su trascendente contenido es reflejada de manera unánime por la doctrina italiana, que critica tal circunstancia. Entre los autores que así lo manifiestan destaca FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», en *ANAF. Rivista dell'associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2013/1, p. 6, al precisar que «la Ley se presenta con un título no plenamente correspondiente con su contenido y también un poco contradictorio: en realidad no se habla sólo de reconocimiento y de hijos naturales, denominación prohibida por la propia norma. La Ley es mucho más ambiciosa, en cuanto intenta unificar la condición de los hijos, siendo indiferente para ello el hecho de que entre sus progenitores haya o no matrimonio». Igualmente ROMA, «Prime, sommarie osservazioni sulla L. 10 dicembre 2012, N. 219», en *ANAF. Rivista dell'associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2013/1, p. 31, señala que «el propio título de la ley no refleja su contenido, pues ofrece una perspectiva muy parcial», realidad advertida del mismo modo por TOMMASEO, «La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali», en *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2013, p. 251.

⁴ El *Schema di Decreto Legislativo recante revisione delle disposizioni vigente in materia di filiazione, ai sensi dell'articolo 2 della Legge 10 dicembre 2012, núm. 219*, ha sido aprobado por el Consejo de Ministros italiano el día 12 de julio de 2013, siendo publicado en la *Gazzetta Ufficiale* el día 8 de enero de 2014.

derechos de los hijos con independencia de su origen y el tipo de filiación que les corresponda, ya sea por tanto ésta matrimonial o no, superándose de este modo el diverso tratamiento existente hasta tal momento en la materia, tanto terminológico como de contenido de derechos, entre los hijos denominados legítimos, esto es nacidos de progenitores unidos en matrimonio, y los hijos naturales o extra-matrimoniales, regulación que, de este modo, ha permanecido vigente en Italia hasta el inicio del año 2013 en que ha entrado en vigor la reforma.

Esta coyuntura puede parecer sorprendente en la realidad jurídica española, al estar ya superada desde hace, al menos, treinta y cinco años tras la proscripción en el artículo 14 de la Constitución de 1978 de la discriminación por razón de la filiación, así como por el reconocimiento en el artículo 39.2 de la Carta Magna de la igualdad de los derechos de todos los hijos, aun cuando esto último igualmente se reconoce expresamente en el artículo 30 de la Constitución italiana, lo que provocó la necesidad de modificar el Código civil español, que seguía una división en cuanto a los efectos derivados de la filiación similar a la italiana, tarea que se llevó a cabo en el año 1981⁵.

Las causas que provocaban la conservación de tal regulación diversa, sino discriminatoria, entre los hijos hasta la fecha en Italia, aun cuando ello será objeto de un posterior estudio más detallado, pueden justificarse no sólo en la existencia de prejuicios sociales, que deben entenderse mayoritariamente superados y propios de otros tiempos, sino también destacadamente por la particular concepción de la familia, cuyo concepto explícitamente se fija en el contenido del artículo 29 de la Constitución italiana como unida, necesariamente en la literalidad del precepto, al matrimonio⁶,

⁵ La reforma por tal motivo de la regulación de la filiación en el ordenamiento español afectó al Título V del Libro I del Código civil, en concreto en los artículos 108 a 141, cuya redacción actual trae causa de la realizada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (*BOE* de 19 mayo de 1981) y, respecto de la adopción, en los artículos 175 a 180, reformados por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (*BOE* de 17 de noviembre de 1987), aun cuando con posterioridad tales preceptos hayan sufrido nuevas modificaciones, principalmente tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*BOE* de 17 de enero de 1996).

⁶ El artículo 29 de la Constitución italiana considera que la familia «es una sociedad natural fundada en el matrimonio». A pesar de la literalidad del precepto, tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana reconocen en la actualidad la posibilidad de existencia de una familia en otro tipo de grupos, pues como indica GIACOBBE, «Il matrimonio e la famiglia», en *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I, t. I., Dir. SACCO, UTET, Milán, pp. 3 y ss., a pesar de la dicción constitucional, hoy en día podemos encontrarnos con «familia recompuesta, monoparental o plural, homosexual o heterosexual» por lo que concluye ante la multitud de modelos existentes indicando que se puede invocar «la muerte del tradicional concepto

situación que ha dificultado la revisión de esta materia, finalmente realizada con la citada *Legge* 219/2012, aprobada después de varios intentos para su logro y una amplia tramitación⁷ y cuyo contenido ha entrado en vigor el 1 de enero de 2013.

La conclusión ante esta norma, dada la realidad social actual contraria mayoritaria, sino unánimemente, a la discriminación de los derechos de los hijos por las características propias de sus progenitores y a la sanción a estos consistente en la restricción de sus derechos por la actuación de sus padres a la que, lógicamente, son ajenos⁸ justifica su existencia, habiendo sido acogidas las pretensiones tratadas de lograr con la misma de un modo positivo por parte de la doctrina italiana, como no podía ser de otro modo al ser

de la familia». Igualmente reciente jurisprudencia de la Corte de Casación italiana, en concreto la Sentencia núm. 601, de 13 de enero de 2013, ha calificado explícitamente, si bien en *obiter dicta* y al hilo de la argumentación expuesta para valorar la atribución de la guarda y custodia de un menor, a una unión de hecho homosexual como familia. Sobre ello vid. FIGONE, «Inserimento del minore in famiglia omosessuale. Nota a Sentenza della Cass. 11 Gennaio 2013, núm. 601», en *ANAF. Rivista dell'associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2013/1, p. 42 que expresamente indica que «no es por casualidad que la Corte de Casación se expresa en términos de familia y de contexto familiar, dando por adquirida, aun cuando al nivel de *obiter dicta*, la existencia y relevancia, bajo el aspecto jurídico, de más modelos familiares: de la familia fundada en el matrimonio (reconocida expresamente en el artículo 29 de la Constitución) y otras, donde prevalece destacadamente la *affectio* y la estabilidad de la convivencia, prescindiéndose de la sexualidad de sus integrantes, en una perspectiva que valora estos núcleos dentro de las formaciones sociales a las que se refiere el artículo 2 de la Constitución». Igualmente defiende este argumento WINKLER, «La cassazione e le famiglia ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso», en *Giurisprudenza Italiana*, 2013/5, pp. 1040, aunque, por el contrario, pone en tela de juicio tal afirmación en relación con el caso tratado RUSCELLO «Quando il pregiudizio...é nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale» en *Famiglia e Diritto*, núm. 6, 2013, pp. 572 y ss.

⁷ Las dificultades para el logro de esta reforma son puestas de manifiesto por GRAZIOSI, «Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario», en *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2013, p. 263, que para ello indica que «después de años de fervientes debates, de vacuas oscilaciones jurisprudenciales y de graves disfunciones en la justicia, ha intervenido el legislador para aclarar esto que, en realidad, debió estar aclarado hace mucho tiempo sobre la base del artículo 30 de la Constitución» llevando a cabo un análisis de las cuestiones relativas a la tramitación de esta Ley FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto sui principi e regole di diritto sostanziale», cit., pp. 7 y 8.

⁸ Así lo afirman varios autores, es el caso de ROMA, «Prime, sommarie osservazioni sulla L. 10 dicembre 2012, N. 219», cit., p. 29 que explícitamente señala que «los hijos no deben sufrir las actuaciones de sus padres»; o CARBONE, «Riforma della famiglia: considerazioni introduttive», cit., p. 226, que entiende que con la consagración por la reforma del principio de igualdad entre los hijos «se supera la incorrecta descarga sobre los hijos de las turbulencias de las relaciones de la pareja, esto es de una relación horizontal entre un hombre y una mujer». Igualmente en las Conclusiones de la *Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina*, de 4 de marzo de 2013, <http://www.politichefamiglia.it/media/84314/relazione%20conclusiva%20commissione%20bianca.pdf>, p. 4, presidiada por el profesor Bianca, explícitamente se indica cómo hasta la reforma «todavía numerosas diferencias en el tratamiento jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio respecto a los nacidos en relación conyugal permanecen, como fruto de un perjuicio que ha tenido como consecuencia la de pesar sobre los hijos la actuación de sus progenitores».

demandadas desde hace bastante tiempo⁹, aun cuando haya autores que discrepen, no ya del fin y necesidad de la disposición, sino del resultado final obtenido, que no consideran adecuado y suficiente para lograr el objetivo pretendido¹⁰.

De todos modos, y con independencia del acierto pleno o parcial del legislador, no puede negarse el avance que ha supuesto en las relaciones paterno-filiales y sucesorias la citada reforma, de ahí la necesidad de su estudio por los trascendentes efectos que provoca en el ordenamiento jurídico italiano y que, por ello, justifican la puesta en conocimiento de tales datos, más en un momento en el cual en España se ha presentado por el Gobierno

⁹ Así lo pone de manifiesto BIANCA, «La legge italiana conosce solo figli», en *Rivista di Diritto Civile*, 2013/1, p. 1, al señalar cómo «desde hace tiempo existían manifestaciones en la doctrina favorables a la aplicación del principio de igualdad en materia de filiación, al entenderse una exigencia de justicia social». También FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale» cit., p. 7 afirma que «la ley era ciertamente necesaria y esperada en el tiempo», llegando incluso a calificar a la diferencia normativa superada como intolerable. Del mismo modo GRAZIOSI, «'E figlio so' ffiglie, e so' tutt' eguale!» Prime notazioni a margine della L. n. 219/2012», en *ANAF. Rivista dell'associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2013/1, p. 65, tras definir a esta norma como «el último paso hacia la definitiva eliminación de aquello que, sino hoy, ha constituido una injustificable vulneración del principio de igualdad, consagrado en el artículo 3 de la Constitución», reconoce como dato positivo el hecho de que «después de años de intensos debates y oscilaciones jurisprudenciales, el legislador se haya decidido finalmente a intervenir en el delicado sector de la filiación para eliminar la disparidad de tratamiento que permanecía en nuestro ordenamiento jurídico, y que relegaba a los hijos naturales (extramatrimoniales) a una posición inferior respecto a la de los hijos legítimos (matrimoniales)». MORANI, «L'equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi: prime riflessioni sulla Legge 10 dicembre 2012 N. 219», en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2013/2, p. 746, igualmente destaca el carácter positivo de la norma pues «en sus efectos principales realiza una sustancial equiparación de todos los hijos»; señalando PORCELLI, «Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli», en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2013/2, pp. 655 y 656, que «el legislador, respondiendo a una exigencia desde hace tiempo advertida por la doctrina, de uniformidad de la regulación sobre la filiación, introduce importantes novedades para superar la disparidad de tratamiento entre los diversos *status* de la filiación y no puede dudarse que esta norma provoca la definitiva superación, cuanto menos en un plano formal, de una distinción que provocaba no pocas dudas de legitimidad constitucional, especialmente en relación con el artículo 30 de la Constitución». Por último CARBONE, «Riforma della famiglia: considerazioni introduttive», cit., pp. 226 y 227, igualmente reconoce el carácter positivo de esta disposición, pero no sólo por consagrar la igualdad entre los hijos, sino además por su imperiosa necesidad «porque la jurisprudencia, en algunos casos, no recurría para la resolución de los asuntos al Derecho vigente».

¹⁰ Es muy crítico con la plasmación definitiva en el texto del fin pretendido ROMA, «Prime, sommarie osservazioni sulla L. 10 dicembre 2012, N. 219», cit., p. 29 quien tras señalar que «en las reflexiones doctrinales y jurisprudenciales de los últimos diez años, el tema de la filiación ha estado dominado por dos cuestiones principales: 1. La unificación de los estados de hijos: legítimo y natural principalmente, pero también del adoptivo; 2. La búsqueda de un renovado equilibrio entre la realidad legal y la verdad biológica en la atribución o modificación de la condición de hijo» y poner de manifiesto tanto la innegable evolución de la costumbre y del sentir popular a favor de ello, como la presencia de un legislador absolutamente sordo hasta este momento, califica explícitamente a la *Legge* 219/2012 como «una de las más decepcionantes en materia de familia de los últimos años», decepción centrada tanto en aspectos formales, su redacción, como de fondo por su contenido, llegando a afirmar que la reforma «realmente efectuada es más de fachada que de fondo».

en julio de 2013 un Anteproyecto de reforma del Código Civil que incide en aspectos abordados por la regulación italiana que se comenta.

2. LA ESTRUCTURA FORMAL DE LA *LEGGE* 219/2012 REFORMADORA DE LA MATERIA Y SUS CONSECUENCIAS

El legislador italiano, a la hora de realizar la reforma de la normativa sobre filiación y parentesco en la *Legge* 219/2012, sin embargo, no ha procedido a la revisión de la totalidad de las disposiciones cuyo contenido estuviera afectado por las importantes consecuencias del cambio legislativo, dado el particular modo de efectuarse la reforma, pues para ello lleva a cabo una doble actuación, primeramente estableciendo en su artículo primero una expresa modificación del contenido gramatical de diversos preceptos del *Codice Civile*, así como creando nuevos apartados, denominados *bis*, de artículos preexistentes y, en segundo lugar, imponiendo al gobierno, por medio de delegación, la obligación de adaptar las normas vigentes sobre las diversas materias que se ven afectadas por las reformas estructurales para, de este modo, armonizar el ordenamiento jurídico y lograr que no haya lugar a posibles contradicciones normativas que puedan poner en tela de juicio la consecución del fin que se pretende, que no es otro que la superación de la existente hasta tal momento discriminación de los derechos de los hijos según fuera la forma de determinación de su filiación, imponiéndosele al ejecutivo un plazo de un año para concretar esta actuación, ya cumplimentada como se indicó con anterioridad.

Esta forma de abordar la cuestión, de la que puede derivarse una aparente contradicción entre la pretensión y el fin realmente logrado, se justifica en el intento de no retrasar más la consagración real y material en el Derecho vigente de los aspectos esenciales de las necesarias y debidas medidas previstas para la superación de la, hasta entonces, discriminación entre los hijos, por lo que dada la ardua y amplia tarea que compone tal actuación se ha optado por delegar al gobierno este cometido, para lo cual el legislador le ha otorgando explícitamente la competencia para la revisión de las disposición existentes y que contraríen el marco de la Ley de reforma, tanto del *Codice Civile* como de cualquier otra norma especial, técnica calificada por la doctrina italiana como novedosa

y que no ha sido recibida, en todo caso, de forma satisfactoria por su imprecisión¹¹.

La situación provoca, por tanto, que las trascendentes consecuencias jurídicas que se derivan de la reforma, salvo en los casos explícitamente previstos por el legislador, no gocen de eficacia hasta la aprobación de la norma delegada por el gobierno que, a diferencia de lo que ocurre en España generalmente, ha sido especialmente diligente y aplicado en este punto, pues tras las Conclusiones de la Comisión habilitada a tal efecto, de 4 de marzo de 2013, ha cumplimentado tal encargo con la aprobación del mismo el 12 de julio de 2013.

II. APUNTES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN EN EL *CODICE CIVILE* ANTES DE LA REFORMA

1. LA EVOLUCIÓN EXISTENTE DESDE SU PROMULGACIÓN HASTA LA *LEGGE* 219/2012

El vigente texto codificado civil italiano de 1942, siguiendo las pautas marcadas por el *Code* de Napoleón, que igualmente influyeron en la regulación originaria de la materia del Código civil español de 1889, para la regulación de la filiación distinguía entre dos tipos generales, la de los hijos legítimos, nacidos de progenitores

¹¹ Este forma de regular ha sido calificada por DOGLIOTTI, «Nuova filiazione: la delega al governo», en *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2013, p. 280 como singular, concluyendo su valoración en p. 290 afirmando que «se ha dejado gran parte de la renovación a una delegación, bastante amplia e indeterminada, por lo que no es posible todavía determinar el sentido completo de la reforma». FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», cit., pp. 6 y 7 al respecto señala cómo «si bien la modificación del *Codice Civile* es inmediata, para la legislación especial se deberá realizar con decretos delegados. La Ley deja entrever, así pues, un escenario lleno de promesas que todavía por el momento sólo en una pequeña parte es completado, en cuanto el complemento de la obra se deja al legislador delegado sobre el que recae una importante labor porque se trata de adecuar toda la materia de la filiación, y también la sucesoria», criticando en pp. 16 y ss. tal modo de actuar, por entender que la delegación «está basada en una enunciación general de actuaciones de carácter ambiguo, que puede generar problemas a la hora de abordar la tarea», proyectándose con ello «el riesgo de realizar una actuación restrictiva que traicione el principio informativo general de la norma», posición seguida por CARBONE, «Riforma della famiglia: considerazioni introduttive», cit. p. 228, que califica la carga delegada al gobierno de difícil, además de por su contenido, porque la revisión de las normas para su adaptación a la reforma debe hacerse «no sólo de las del *Codice*, sino de todas las disposiciones vigentes en materia de filiación al fin de eliminar toda discriminación entre los hijos, también los adoptivos». Por ello DOGLIOTTI, «Nuova filiazione: la delega al governo», cit., p. 280, al valorar esta forma de legislar advierte del amplio contenido del mandato, al indicar que «todo el resto, y es mucho muchísimo en apariencia, es objeto de delegación al gobierno» aunque tal criterio se matiza por PORCELLI, *Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli*, cit., p. 657, quien considera la delegación amplia, aunque detallada.

unidos en matrimonio, denominación que traía causa de la consideración de estar basadas las relaciones paternofiliales en las uniones matrimoniales, únicas integradoras del concepto de familia, concepción aún vigente constitucionalmente y trascendente para esta cuestión en Italia, y la de los hijos ilegítimos, precisamente cuando su generación tuviera lugar de modo contraria a lo anterior, esto es por progenitores no unidos por vínculo matrimonial, pudiendo dividirse además esta última en hijos ilegítimos cuyo reconocimiento se admitía por sus progenitores biológicos e hijos ilegítimos que no podían ser reconocidos, caso de los incestuosos, matización en parte vigente incluso tras la reforma, como se expondrá.

La distinción advertida entre los tipos de filiación basada en la existencia de matrimonio o no de los padres no era lógicamente meramente nominativa, pues si no carecería de sentido jurídico, dado que la integración en uno u otro tipo provocaba una distinta posición para el nacido, incidiendo la forma de determinación de su filiación matrimonial o extramatrimonial tanto en sus derechos paternofiliales como en los posibles derechos sucesorios, pues del mismo modo que ocurría en el Código civil español en tal tiempo, el pleno disfrute de tales derechos sólo tenía lugar para los hijos legítimos, quienes gozaban de una plena tutela como tales, al tener reconocidos tanto el derecho a la educación y alimentos como el derecho sucesorio como heredero forzoso a una cuota de la herencia indisponible para sus progenitores, integrándose además plenamente a todos los efectos en sus familias.

El hijo ilegítimo, por el contrario, podía encontrarse ante una doble situación jurídica, mejorada si era posible su reconocimiento que si no, pero en modo alguno equiparada a la de los hijos legítimos pues, en el mejor de los casos, la de los ilegítimos reconocibles, veían reducida su posición al otorgamiento exclusivamente de derechos en el mero y estrecho ámbito paterno-filial, pues no se integraban en la familia de sus progenitores, con la que, por tanto, carecían de relación de parentesco, estando igualmente disminuidos sus derechos sucesorios respecto a los que ostentaban los hijos legítimos en relación con sus padres, por ser el doble la parte de la herencia reservada a estos que la cuota a la que tenían derecho aquéllos y careciendo de los mismos respecto a ascendientes, al no integrar su familia; sin embargo, si la situación de los hijos ilegítimos advertida era perjudicial respecto a la que poseían los legítimos matrimoniales, más gravosa era la posición de los ilegítimos cuyo reconocimiento era inviable, pues a su favor originariamente sólo les era otorgado el derecho de alimentos y un subsidio vitalicio en sede sucesoria.

El fundamento de esta dispar regulación para los hijos, como se apuntó, traía causa del hecho de considerarse que el único modelo familiar admitido era el creado sobre el matrimonio, cuestión sobre la que se profundizará en el apartado siguiente, lo que afectaba, por tanto, a la regulación de la materia y provocaba que sólo los hijos cuya filiación derivara de ésta encontraran una plena protección por el ordenamiento jurídico, justificándose por parte de la doctrina la situación al indicarse que, con tal regulación, no se pretendía perjudicar a los hijos extramatrimoniales sino reforzar como única familia legítima a la matrimonial¹².

La situación advertida del *Codice Civile* fue alterada de manera importante en el año 1975, pero sin llegar a provocar como ocurrió en España poco tiempo después la plena equiparación de los derechos derivados de la filiación con independencia del tipo de ésta y del parentesco, siendo el primer dato a destacar de tal reforma la supresión de la terminología, ciertamente peyorativa, de hijos ilegítimos, que se abolió expresamente sustituyéndose por la de hijos naturales, actuación formal pero positiva, pues ponía de manifiesto que la filiación de este tipo de sujetos debía ser considerada como ordinaria y natural y no ilegítima, o en el fondo indebida, matizándose con tal reforma expresamente las prohibiciones previamente existentes para la investigación y determinación de la filiación extramatrimonial que impedían acercar ésta a la realidad biológica y protegían incondicionalmente al grupo legítimo, esto es el matrimonial, y todo ello dado que se entendió que la filiación natural debía gozar de la misma dignidad, cuanto menos terminológica, que la legítima, aun cuando no se realizara, finalmente, una plena equiparación jurídica entre ambas¹³.

¹² Tal y como pone de manifiesto SESTA, en «L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari», en *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2013, p. 232, al afirmar que «el objetivo de la ley no era tanto el discriminar la categoría de los hijos sobre la base de valoraciones éticas, cuanto conferir dignidad y además reforzar la sola familia legítima».

¹³ DOGLIOTTI, «Nuova filiazione: la delega al governo», cit., p. 279, afirma que «la reforma del Derecho de familia del 1975 representó un notable esfuerzo de adecuación a los principios constitucionales» lo que provocó según BIANCA, «La legge italiana conosce solo figli», cit., p. 2 «la mejora de la posición de los hijos nacidos fuera del matrimonio, pero conservó la implantación de disposiciones excluyentes para tales hijos y un diferente e inferior estado de filiación (...) no reconociendo a los hijos nacidos fuera del matrimonio el fundamental derecho de parentesco. Quién tenía la desgracia de nacer de padres no casados no entraba a formar parte de la familia de sus progenitores». De FILIPIS, «La Nuova legge sulla filiazione: una prima lettura», en *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2013, p. 291, tras reconocer la importancia de esta reforma, por ser un paso decisivo hacia adelante para la equiparación entre hijos legítimos e hijos ilegítimos, sin embargo entiende que «pese a haber dado un vigoroso golpe al antiguo régimen, no pudo delimitar y rectificar todos los aspectos, principalmente por conservar las categorías diferenciadas de hijos», precisando ROMA, «Prime, sommarie osservazioni sulla L. 10 dicembre 2012, N. 219», cit., p. 30, que, a pesar del intento de equiparación con la reforma de 1975 no se logró, dado que «aun cuando tal reforma trató de equiparar la verdad biológica y la jurídica, sin embargo ello no

Esta reforma del año 1975 también tuvo incidencia en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, provocando un avance sustancial hacia la equiparación de los efectos derivados de la filiación pues, tras la misma, pudiera afirmarse que los hijos han recibido una similar tutela jurídica en sus relaciones con sus progenitores, de modo que, en este punto, se equipararon ampliamente ambas filiaciones¹⁴.

El último cambio digno de mención hasta la presente reforma, generador del siguiente paso hacia la equiparación plena de los efectos entre los hijos derivados de una filiación legítima y los ya denominados naturales tuvo lugar en el año 2006, cuando se unificaron las normas en materia de guarda y custodia de los hijos para equiparar las reglas aplicables en caso de ruptura de la convivencia de sus progenitores, permitiéndose con ella la imposición de las mismas tanto para los hijos con filiación matrimonial como para los hijos cuyos progenitores no estaban casados, si bien no se efectuó la completa reforma igualitaria requerida, lo cual finalmente ha tenido lugar mediante la *Legge* 219/2012 y el decreto delegado de desarrollo de su contenido¹⁵.

2. LAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS DEL RETRASO EN LA EQUIPARACIÓN DE LOS DERECHOS: LA INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN

La regulación del Derecho de familia en Italia está fuertemente marcada por el contenido de su Constitución, por tanto, más allá de consideraciones sociales, morales o religiosas que ciertamente han

fue absoluto al realizarse con cierta cautela». Comparando la reforma de 1975 y la reciente de 2013 CARBONE, en *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, cit., p. 225, destaca la actual en relación con la anterior porque «introduce la igualdad entre los hijos que la precedente reforma de 1975 no realizó al dejar fuera a los llamados hijos incestuosos». De todos modos, no puede negarse la trascendencia de tal actuación como indica BONILINI, «La famiglia», en *Diritto Civile*, Lipare y Rescigno (dirs.), t. II, Vol. I, Giuffrè, Milán, 2009, p. 63, dado que «sólo con la reforma de 1975 la familia italiana es puesta en la condición de ser, efectivamente, una sociedad entre iguales».

¹⁴ SALVI, «Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2008, p. 563, señala que «el centro de la reforma de 1975 fue la superación de la concepción patriarcal de la familia en las relaciones entre el marido y la mujer y en una cierta medida de la concepción jerárquica en las relaciones entre padres e hijos».

¹⁵ Las importantes reformas efectuadas desde la promulgación del *Codice Civile* hasta este momento, por tanto, no abordaron en su totalidad esta cuestión, justificando CARBONE, «Riforma della famiglia: considerazioni introduttive», cit., p. 226, el hecho de realizarse ahora, después de 37 años de la anterior reforma de 1975, en el declinar del concepto de familia legítima motivada por el desarrollo de la familia de hecho y de la familia extensa sobre la base de prevalentes relaciones económicas, por la aparición de nuevos modelos de familia y la necesidad de acercar la realidad biológica a la filiación mediante la plena admisión de las pruebas de ADN.

podido tener su incidencia en otros momentos, pero que deben considerarse superadas cuanto menos en materia de filiación y relaciones paternofiliales, entiendo que la causa principal del tardío reconocimiento a la igualdad de derechos entre los hijos se sitúa en su propia Carta Magna.

La afirmación efectuada se justifica en la materia objeto de la reforma por el hecho de haber estado asentada la regulación sobre la base de un importante principio, cual era que el parentesco presupone un vínculo matrimonial entre los progenitores, dado que las relaciones familiares en sentido propio y derivadas del contenido constitucional exclusivamente podían tener lugar en el ámbito del matrimonio¹⁶, estando la causa del mantenimiento de la regulación diferenciadora, sino discriminatoria al menos en la mentalidad del jurista español, por tanto, en la interpretación del artículo 29 de la Constitución, del que se hacía derivar que la única familia, como tal y con plenas relaciones de parentesco entre sus miembros, era la matrimonial.

De este modo, se situaba como dato clave para la regulación de la filiación y sus efectos el artículo 29 de la Constitución italiana, que dispone que «la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio»¹⁷, calificación constitucional de la familia que ha conllevado la tradicional consideración de que los hijos nacidos fuera de ésta, esto es la matrimonial, por tanto, no se integraban en la familia del progenitor y, por ello, no podían gozar de idéntica situación y derechos que aquéllos que se generaran y alumbraran dentro del matrimonio, vinculación de la familia a la institución matrimonial que no puede negarse estaba fuertemente influenciada por motivaciones religiosas, tan particulares e influyentes en el caso concreto de Italia¹⁸.

¹⁶ Así lo señaló CICU en «La filiazione», en *Tratado di Diritto Civile*, Vassalli (dir.), Giuffré, Milán, 1969, p. 9, poniendo nuevamente de manifiesto tal realidad Sesta en «L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari», cit., p. 231.

¹⁷ Si bien tal modelo familiar tradicional no fue objeto de discusión antes de la entrada en vigor de la Constitución, hecho lógico al ser plenamente concordante con la mentalidad mayoritaria del momento, como precisa Sesta, *Codice di famiglia*, Sesta (dir.) Giuffré, Milán, 2009, p. 65, con el paso de los años, ante las relevantes modificaciones de la sociedad y de las costumbres del país, se ha demandado y favorecido una profunda renovación en el ordenamiento jurídico en materia de derechos en las relaciones paternofiliales, aun cuando BONILINI, «La famiglia», cit., p. 82, justifica tal vinculación de la familia a la relación matrimonial por la «preferencia, justificada a la luz de una mayor garantía de certeza y estabilidad, que se encuentra asociada al matrimonio».

¹⁸ La influencia de la doctrina católica en la regulación jurídica italiana es especialmente trascendente e innegable, sirviendo de ejemplo este aspecto, aun cuando se quiera rechazar tal vinculación incluso en el propio texto constitucional, que parece querer dejar claro que el órgano de gobierno de la religión católica y el estado italiano, a pesar de residir territorialmente en la misma península y poseer criterios rectores similares, son entidades diversas. Para ello, en el artículo 7 de la Constitución se establece que «el Estado y la Iglesia Católica son, cada uno en su propio ámbito, independientes y soberanos». Precisamen-

Esta argumentación, sin embargo, puede ser puesta en tela de juicio con el propio texto constitucional, pues la incidencia de la Constitución italiana en materia de la filiación puede encontrarse en varios artículos y, a tal efecto, es posible hallar una primera previsión de interés, más allá de la anterior, en su artículo 3, precepto en el que se establece de modo similar al artículo 14 de la Constitución española el principio general de no discriminación aunque, a diferencia de lo que ocurre en España en cuyo texto constitucional de forma expresa se señala como elemento sobre el que no es posible la filiación, sin embargo ello no se efectúa explícitamente en Italia, al disponer literalmente el citado artículo 3 de su texto constitucional que «todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condición personal y social».

El citado precepto, aunque ciertamente omite referencia explícita alguna al término filiación, es de interés y del mismo se puede derivar una interpretación finalista de la que se concluya que hay base constitucional suficiente para rechazar la desigual regulación para los hijos según su filiación, de entenderse integrada la prohibición de discriminación en el ámbito de la filiación dentro de la expresión «condición personal y social»; por tanto, es un primer fundamento en el que sustentar la superación de la realidad anterior a la reforma efectuada por la *Legge* 219/2012.

La argumentación favorable al régimen diverso de la filiación, con independencia de la interpretación teleológica o extensiva de los supuestos de prohibición de discriminación del artículo 3, encuentra otro punto de discordia en el mismo texto constitucional, quizás el principal y que ha justificado las principales críticas, en concreto en su artículo 30, pues de la redacción de tal precepto se establece un sustancial argumento para el avance hacia la igualdad en las relaciones jurídicas paternofiliales con independencia de su filiación, aunque no haya gozado de reconocimiento explícito normativo hasta la reforma aquí estudiada, y ello a pesar de ser igualmente un mandato constitucional, al disponer tal precepto que el derecho y deber de los progenitores de sostener y educar a los hijos debe tener lugar «también si han nacido fuera del matrimonio», por lo que con ello se impone al legislador la obligación de tutela de tales hijos extramatrimoniales de un modo similar al establecido

te en relación a este precepto constitucional ASPREA, *La famiglia di fatto*, 2.^a ed. Giuffré, Milán, 2009, pp. 12 y ss., analiza los motivos de su redacción de tal modo, afirmando explícitamente que «nace de un compromiso entre la representación católica y laica, comunista y socialista, presente en la asamblea constituyente» considerando que la vinculación de la familia al matrimonio pudo ser el punto de consenso para no explicitar en el texto constitucional el carácter indisoluble del matrimonio.

para los hijos de padres casados, tras lo cual, por si quedara algún tipo de duda para el reconocimiento de una posición equiparable con la otorgada a los descendientes legítimos, concluye indicando que «la ley asegurará a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda la tutela jurídica y social, compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima».

Sin embargo, a pesar de lo expuesto y hasta la norma aquí estudiada, se siguió defendiendo un criterio negativo para la protección igualitaria de la filiación extramatrimonial por derivar de familia de hecho, pues se consideraba, y así se hizo y plasmó en la importante reforma de 1975, que las relaciones de parentesco presuponian necesariamente el vínculo matrimonial de los progenitores, supuesto de hecho reconocido igualmente por la Corte Constitucional, pues ésta de forma pacífica vino negando de forma expresa la posibilidad de poder configurar una relación de parentesco entre hijos naturales¹⁹.

La interpretación conforme a la realidad vigente de los artículos 29 y 30 de la Constitución, así como del artículo 3, ha provocado la modificación del criterio que dotaba de primacía a la filiación legítima o matrimonial en este punto, rechazándose sobre la base principal de la literalidad del artículo 30 que la debida tutela de los hijos naturales extramatrimoniales no fuera equiparable a la de los hijos matrimoniales derivados de la familia constitucionalmente legítima y acogiéndose, por tanto, los argumentos expuestos al respecto tanto por la jurisprudencia ordinaria como por la doctrina italiana que, desde hace algún tiempo se han mostrado en contra de tan radical distinción²⁰, siendo el fundamento principal esgrimido para revocar la interpretación derivada del contenido del artículo 29 de la Constitución, además de lo ya expuesto en relación a los artículos 3 y 30, la consideración de que la familia legítima no es el único modelo de convivencia familiar aprobado por el legislador,

¹⁹ Pueden citarse entre tales resoluciones las Sentencias de 7 de noviembre de 1994 (Giustizia Civile 1995, 84) y de 23 de noviembre de 2000 (Corr. Giur. 2001, 1034).

²⁰ PORCELLI, «La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo», en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2012/4, pp. 1754 y ss., considera que la distinción entre hijos «provocaba no pocas dudas de legitimidad constitucional, especialmente en relación con el artículo 30, el cual, según la interpretación largamente defendida como fijador de las bases de las relaciones paternofiliales establece la plena igualdad de los mismos respecto de quienes los habían generado». Igualmente en las Conclusiones de la Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina, de 4 de marzo de 2013, <http://www.politichefamiglia.it/media/84314/relazione%20conclusiva%20commissione%20bianca.pdf>, p. 5, explícitamente se reconoce cómo «la presencia en el ordenamiento de normas que establecían un régimen diverso con derechos distintos según la categoría de los hijos chocaba con los principios fundamentales sancionados en los artículos 2, 3 y 30 de la Constitución, que aseguran a los hijos nacidos fuera del matrimonio todas las formas de tutela jurídica y social».

al existir igualmente otros modelos familiares dignos de idéntica tutela²¹.

Por todo ello, el cambio social y el innegable reconocimiento constitucional a la idéntica consideración jurídica de los hijos, también basada actualmente en cuestiones morales, ha provocado la superación de las restrictivas interpretaciones anteriores y el ajuste de la vigente normativa a la realidad y convicciones existentes hoy en día sobre la cuestión.

III. FILIACIÓN Y PARENTESCO: LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA REFORMA

1. UNA ESENCIAL MODIFICACIÓN TERMINOLÓGICA: EL HIJO SIN ADJETIVOS

La precisión terminológica de los conceptos en las normas jurídicas es un dato esencial para la interpretación de su contenido, pues será el punto de partida para llevar a cabo tal tarea.

En el ámbito de la filiación y las relaciones paternofiliales, la pretensión principal del legislador con la reforma normativa llevada a cabo en la *Legge* 219/2012 ha sido la de equiparar la posición jurídica de los hijos, con independencia de la naturaleza concreta de la filiación existente, por tanto, la consecución de tal fin requiere, necesariamente, la precisión en la regulación de una referencia a la noción «hijo» adecuada a tales efectos, al no ser la misma unitaria hasta la reforma, por distinguirse en la normativa, más allá de otras particularidades, entre hijos legítimos e hijos naturales.

²¹ Por ello BONILINI, «La famiglia», cit., p. 71, de forma precisa, ante tal realidad, indica que «la familia fundada en el matrimonio tiene, en un sentido pleno, la atribución de legítima, lo que no excluye la plena relevancia de la familia de hecho respecto a los hijos», tesis que reitera ASPREA, *La famiglia di fatto*, cit., p. 14, precisando WINKLER, «La cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso», cit., p. 1041, que «la jurisprudencia en los últimos años ha construido un verdadero sistema de tutela de la familia, estampando el reconocimiento de un modelo plural de la familia, caso de la Sentencia de la *Corte Costituzionale* núm. 4184/2012, que consolida el carácter propiamente familiar de las uniones homosexuales y así pues la posibilidad de asimilarlas, para evitar su discriminación, a las parejas casadas heterosexuales». Resume la situación certeramente FIGONE, «Inserimento del minore in famiglia omosessuale. Nota a Sentenza della Cass. 11 Gennaio 2013, núm. 601», cit., p. 42, al indicar que «no es por casualidad que la Corte de Casación se expresa en términos de familia y de contexto familiar, dando por adquirida, aun cuando al nivel de *obiter dicta*, la existencia y relevancia, bajo el aspecto jurídico, de más modelos familiares: de la familia fundada en el matrimonio (reconocida expresamente en el artículo 29 de la Constitución) y otras, donde prevalece destacadamente la *affettio* y la estabilidad de la convivencia, prescindiéndose de la sexualidad de sus integrantes, en una perspectiva que valora estos núcleos dentro de las formaciones sociales a las que se refiere el artículo 2 de la Constitución».

El primer paso para el logro de la pretendida equiparación debía ser, por tanto, la modificación terminológica de tales expresiones, por sí mismas discriminatorias, lo que se ha llevado a cabo mediante la imposición expresa de la supresión en la normativa civil italiana de la distinción terminológica entre hijos legítimos, cuyos progenitores se hallaban casados, e hijos naturales, anteriormente denominados ilegítimos y nacidos fuera de unión matrimonial, al imponer el legislador de forma imperativa la derogación de toda referencia en el texto legal a tales adjetivos, determinándose que, en su lugar, debe aparecer, únicamente, la voz «hijos»²².

Por tanto, dado que lo pretendido con la reforma es igualar la posición de los hijos, para ello era esencial expulsar del ordenamiento jurídico las nociones «hijos legítimos» e «hijos naturales» que sustentaban la diferente regulación jurídica de sus posiciones y la discriminación o reducción de los derechos de estos últimos en relación con sus progenitores, lográndose de este modo con el empleo del término general «hijos», en sustitución de aquéllos en la totalidad de la normativa, evitar cualquier diferenciación y duda sobre su igualitaria consideración jurídica, con independencia de la situación en la que se hallaran sus progenitores al momento de la concepción o alumbramiento²³, estableciendo el propio legislador la primera consecuencia directa e inmediata derivada de tal cambio terminológico y ante la desaparición del concepto hijos naturales,

²² Es curioso como el legislador italiano, a pesar de dejar sin efecto la noción hijo natural, integra tal concepto en el título de la Ley, pues tal disposición según reza éste trata sobre el reconocimiento de hijos naturales, cuando en realidad, además, su contenido es mucho más ambicioso, reflejando tal contradicción en la doctrina italiana tanto SESTA, «L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari» cit., p. 231 como CARBONE, «Riforma della famiglia: considerazioni introduttive», cit., p. 228, quien tras ello afirma que con tal modificación no se permite «ni en el *Codice Civile* ni en toda la legislación italiana legal y reglamentaria, especificación de la palabra hijo», aun cuando tal conclusión, como se verá en este mismo apartado, no es absoluta.

²³ MORANI, «L'equiparazione dei figli naturali al figli legittimi: prime riflessioni sulla Legge 10 dicembre 2012 N. 219», cit., p. 746 señala cómo esta Ley «ha eliminado la residual, por muchas partes criticada discriminación de los hijos naturales respecto a los legítimos, cancelando la injustificada distinción entre hijos y creando un único estado jurídico de hijos sin adjetivos» considerando GRAZIOSI, «Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario», cit., p. 263 que, con ello se rechaza «la afirmación del sacrosanto principio por el que la presencia del vínculo matrimonial entre los progenitores no puede condicionar el tipo de cualidad de los derechos que se derivan del estado de hijo, por la evidente razón de que el matrimonio, civil o religioso, es una libre elección de los progenitores a la que los hijos son extraños y, por ello, no les puede generar consecuencias perjudiciales». A pesar de la importancia de esta decisión, su plasmación gramatical en la norma es criticada por ROMA, «Prime, sommarie osservazioni sulla L. 10 dicembre 2012, N. 219», cit., pp. 31 y 32, pues «desprecia todas las disposiciones en las que el término hijo aparece en singular y no en plural; porque se limita al *Codice Civile* y porque no pocas disposiciones del mismo, previstas en consideración a la cualidad natural o legítima del hijo, pierden su significado» si bien ello no es del todo cierto, ante el mandato dado al gobierno en el artículo 2 de la Ley de reforma para la modificación de cualquier disposición civil existente contraria al principio inspirador de la norma, cumplimentado como se verá al final de este apartado.

cual es la derogación expresa por la *Legge* de 10 de diciembre de 2012 de la Sección II del Capítulo II del Título VII del Libro I, que contenía los artículos 280 a 290 del *Codice Civile*, cuyo objeto era regular la especial legitimación de los hijos naturales en los procedimientos de filiación, diversa de la prevista para los hijos legítimos, que será la ahora única aplicable, por carecer de sentido la derogada ante la supresión del concepto que servía de base a la misma por la equiparación consagrada.

La norma, con ello, pone fin a la existencia de estos tradicionales conceptos propios de la filiación, ya superados desde la instauración constitucional en España, pero todavía vigentes en Italia hasta su entrada en vigor en el inicio del año 2013, lo que provocará sustanciales consecuencias jurídicas, no sólo en el ámbito familiar, principalmente en materia de filiación y relaciones paternofiliales, sino igualmente en el derecho sucesorio, al integrarse con ello al anterior hijo natural en la familia de su progenitor extramatrimonial y, de este modo, habilitarle su acceso a los derechos legales de tal naturaleza, no sólo frente a sus padres, sino también, en su caso, en relación con sus ya parientes.

De todos modos, lo expuesto hasta el momento no puede provocar la consideración de una prohibición absoluta a la indicación de adjetivos al sustantivo hijo a la hora de regular el régimen jurídico de cualquier institución jurídica, pues ha de tenerse en cuenta que, si bien los derechos de los mismos no deben variar según su filiación, precisamente lo pretendido lograr con tal cambio terminológico, sin embargo existen cuestiones que, por su propia esencia, han de ser precisadas añadiendo alguna particularidad a la mención genérica hijos.

Esta realidad es reconocida en el artículo 2.1.a) de la norma legal de reforma en el cual, tras encomendar al hilo de lo expuesto en este apartado la revisión terminológica derivada de la modificación de la noción de hijo al gobierno, autorizando al ejecutivo para la introducción de las modificaciones necesarias en los textos normativos que correspondan, por tanto no sólo en el *Codice Civile*, para la sustitución de los conceptos hijos legítimos y naturales por los de hijos sin más, modificaciones terminológicas que se han concretado en diversos preceptos tras la aprobación por el gobierno del decreto delegado²⁴, sin embargo permite conservar su empleo

²⁴ La necesidad de supresión general de toda referencia al hijo como legítimo o natural que pueda generar discriminación provoca que el decreto delegado aprobado en Consejo de Ministros, con fecha 12 de julio de 2013, haya procedido a modificar una amplia cantidad de preceptos del *Codice Civile* para suprimir tales referencias, quedando su contenido exclusivo con la palabra hijo, o en algún caso descendiente, pero sin ello provocar una modificación de fondo, pues el contenido sustancial queda idéntico con la citada supresión que no altera, lo que ocurre en los artículos 87 (imposibilidad para poder

cuando se trate de disposiciones específicamente relativas a tales nociones.

Esta precisión es plenamente coherente y en nada contraria a la esencia igualitaria de la reforma, pues no puede obviarse que los mecanismos de determinación e impugnación de la filiación no pueden equiparse en uno y otro supuesto por la determinante incidencia en los mismos de la presencia o no de matrimonio, por tanto, sólo a tal fin procederá la distinción entre los hijos advertida, que ha de insistirse no provoca que se le prive al hijo derecho alguno²⁵.

Las consecuencias de esta reforma terminológica, por tanto, no sólo inciden en los aspectos sustanciales citados relativos al contenido material de los preceptos, sino también en aspectos formales relativos a la estructura terminológica de las leyes, por

contraer matrimonio), 234 (presunción de paternidad), 248 (legitimación pasiva en acción de impugnación de filiación), 244 (obligaciones entre adoptante y adoptado), 252 (guarda y custodia del hijo nacido fuera del matrimonio y su inserción en la familia progenitor), 253 (imposibilidad de reconocimiento de hijos cuya filiación ya estuviera determinada), 254 (forma de reconocimiento), 255 (reconocimiento de hijo premuerto), 262 (determinación de los apellidos de los hijos), 269 y 270 (declaración judicial de paternidad y maternidad), 276 (legitimación pasiva acción de declaración de la filiación), 279 (responsabilidad de los progenitores en el mantenimiento y educación de hijos) así como en otros preceptos ya propios del ámbito sucesorio, caso del artículo 467 (supresión de referencia al carácter legítimo o natural de los descendientes a los efectos del derecho de representación). Esta revisión terminológica se ha realizado incluso más allá del Derecho civil, al modificarse igualmente un concreto precepto de su norma procedimental penal, en concreto el artículo 706.IV, en el que se sustituye la referencia a «la existencia de hijos legítimos, legitimados o adoptados por ambos cónyuges durante el matrimonio» por «la existencia de hijos de ambos cónyuges».

²⁵ FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», cit., p. 16, de manera muy precisa advierte de ello, al indicar que «la eliminación de los adjetivos legítimo y natural debe ser realizada de forma razonada, pues de otro modo podrían existir resultados que serían sorprendentes y muy discutibles». Esta cuestión es igualmente abordada en las conclusiones de 4 de marzo de 2013 de la Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina que, aun cuando expresamente advierten que esta posibilidad constituye una excepción a la regla general, justifican la conservación de la diferencia terminológica citada «en las normas que regulan la presunción de paternidad que hacen referencia solo al marido de la madre del hijo nacido o concebido durante el matrimonio, así como respecto a las normas sobre el hijo nacido fuera del matrimonio, por la ausencia de un vínculo jurídicamente reconocido, requiriendo el reconocimiento de la filiación un acto de voluntad» así como «en las disposiciones relativas al desconocimiento de la paternidad, que podrán operar sólo con referencia a los hijos nacidos del matrimonio, mientras que la regulación de la disciplina del reconocimiento está referida sólo a los hijos nacidos fuera del matrimonio». Vid. al respecto <http://www.politichefamiglia.it/media/84314/relazione%20conclusiva%20commissione%20bianca.pdf>, p. 144. Finalmente, en el decreto delegado, el Gobierno mantiene esta referencia a hijos nacidos fuera del matrimonio en los artículos, todos ellos del *Codice Civile*, 252 (guarda y custodia del hijo nacido fuera del matrimonio), 262 y 299 (apellidos de los hijos nacidos fuera del matrimonio y adoptados respectivamente). Igualmente la norma aprobada por el Gobierno reforma en este punto el *Codice Penale* y establece que, en el artículo 540.I y II las referencias a los hijos como «ilegítimos» o «legítimos» serán sustituidas por «en el matrimonio» o «fuera del matrimonio» y en el artículo 568 se dispone la sustitución de «hijo legítimo o natural reconocido» por «hijo nacido del matrimonio o reconocido».

la existencia de la terminología prohibida en la denominación de algunas normas o de sus títulos, capítulos o secciones, por lo que para subsanar tal situación, el artículo 2.1.b) de la *Legge* 219/2012 procede a precisar una ingente cantidad de variaciones que se habrán de integrar imperativamente en las normas delegadas, para evitar las terminologías anteriores discriminatorias, modificaciones que son eficaces tras su explícita recepción en el contenido de la norma delegada de desarrollo aprobada por el gobierno.

Esta tarea se concreta, en primer lugar, con la modificación de la denominación dada al Título VII del Libro I del *Codice Civile* hasta ahora titulado «De la filiación», que deberá pasar a denominarse «De los estados de los hijos», mientras el Capítulo I de tal título se deberá titular «De la presunción de paternidad», sustituyéndose con ello su actual encabezamiento sobre «Del estado de hijo legítimo».

En segundo lugar, se efectúan por el legislador de la reforma una serie de transposiciones de capítulos, secciones y artículos en la sistemática del *Codice Civile*, de tal modo que, en primer lugar, se transponen e integran en el nuevo Capítulo I, conforme a la terminología advertida, los contenidos de la Sección I del Capítulo I que contiene previsiones sobre los, hasta la reforma, hijos legítimos, actuación idéntica que habrá de llevarse a cabo con los contenidos de la Sección II del Capítulo I, sobre la prueba de la filiación ilegítima, que pasarán a un nuevo Capítulo II que se deberá titular «De la prueba de la filiación», cerrando esta ámbito de transposiciones la que deberá efectuarse de los contenidos de la Sección III del Capítulo I a un nuevo Capítulo III, que se denominará «De la acción de desconocimiento y de las acciones de contestación y de reclamación del estado de hijo».

Por último, y en tercer lugar, se han de llevar igualmente a cabo estas modificaciones en otra serie de partes del esquema conformador de la regulación de la filiación en el *Codice Civile*, pues deberán trasladarse igualmente los contenidos del parágrafo 1 de la Sección I del Capítulo II a un nuevo Capítulo IV, actualmente sobre el reconocimiento de hijos naturales, que se titulará «Del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio» e igual actuación habrá de efectuarse para los contenidos del parágrafo 2 de la Sección I del Capítulo II, que pasarán a integrar un nuevo capítulo V denominado eso sí de un modo idéntico a como anteriormente «de la declaración judicial de la paternidad y la maternidad».

2. EL ÁMBITO DEL PARENTESCO: LA PLENA INTEGRACIÓN DEL MENOR EN LA FAMILIA DEL PROGENITOR

Los hijos naturales, hasta la actual reforma normativa, si bien se integraban en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, por el contrario, no lo hacían en la familia de sus progenitores, pues conforme a lo ya expuesto y al estar asentada la familia constitucionalmente reconocida en el matrimonio, el ordenamiento italiano restringía el concepto de parientes exclusivamente a los sujetos agrupados en la misma estirpe por filiación matrimonial, más allá de su origen o no en un tronco común, criterio que se ha entendido por el legislador debía superarse, lógicamente, para con ello lograr la plena equiparación pretendida²⁶.

Para superar esta realidad, el primer precepto del *Codice Civile* italiano explícita y concretamente reformado por la *Legge* número 219, de 10 de diciembre de 2012, que precisamente genera la gran trascendencia en cuanto a las consecuencias jurídicas que la misma ha provocado, y provocará, es su artículo 74, prescriptor de la materia, lo que se ha realizado complementando su anterior redacción gramatical que se mantiene e indica que «el parentesco es el vínculo entre las personas que descienden de una misma estirpe» con el fin de aclarar legislativamente cuál debe ser el sentido interpretativo que ha de darse a la misma.

El contenido mencionado del citado artículo 74 del *Codice Civile*, ante la manifestada finalidad igualitaria de la norma, pudiera haber sido entendido como suficiente a los efectos de considerar equiparadas dentro de la noción de parentesco a todas las personas que desciendan de idéntico tronco común, con independencia del origen matrimonial o no de su filiación, sin embargo no puede

²⁶ Sobre esta cuestión PORCELLI, «Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli», pp. 659 y ss., precisa cómo, antes de esta reforma, el parentesco «sólo unía hijos naturales con el progenitor, pero no con su familia y el parentesco no tenía relevancia alguna fuera de la relación entre el progenitor y el hijo reconocido, salvo en algunas excepciones», señalando expresamente como una de éstas el artículo 433.3 del *Codice Civile*, precepto que establece que, en ausencia de progenitores obligados al pago de alimentos, estarán obligados a ello también los ascendientes próximos en los hijos naturales y adoptivos, sistema legal sobre el parentesco anterior a la reforma sobre el que se pronunció en contra, postulando un criterio a favor de una solución como la adoptada FERRANDO, «Matrimonio e famiglia», en *Trattato di Diritto di Famiglia*, Vol. I, t. I., Giuffrè, Milán 2011, p. 285 al indicar que «la noción de parentesco debe ser unitaria, comprendiendo a todos aquellos que descienden de una misma estirpe, pues no se puede definir el parentesco de un modo en línea recta, prescindiendo incluso del matrimonio común de los progenitores, y de otro para la línea colateral, pues se debe entender el parentesco, tanto el legítimo como el natural, de modo unitario, como descendientes de un progenitor común». Esta integración en el grupo familiar es trascendental en el ámbito jurídico, pues como señala BONILINI, «La famiglia», cit., p. 64, «la pertenencia al grupo familiar constituye el presupuesto para el ejercicio de determinados derechos por un sujeto, asegurando a la persona el estatus familiar».

obviarse, y reiterarse, por ser sustancial para la comprensión del porqué de la reforma, la ya apuntada vinculación constitucional en Italia del concepto de familia a la constituida matrimonialmente, por ello, para evitar una interpretación restrictiva de dicho precepto que conserve una interpretación del mismo en tal sentido sobre la base del mandato constitucional y, por tanto, diversa a la efectivamente querida por el legislador, en la reforma normativa se ha procedido a completar su contenido tradicional citado mediante la explícita determinación de los sujetos que se han de integrar dentro del concepto de parentesco, logrando así dejar zanjada cualquier interpretación posible ante la claridad de su redacción y evitando, con ello, la posible existencia de valoraciones que pudieran dificultar el fin pretendido.

De este modo, la nueva redacción del artículo 74, tras conservar la literalidad de su contenido anterior antes señalado, matiza que esa consideración de parentesco tendrá lugar «con independencia del origen de la filiación y ya sea ésta de naturaleza matrimonial o tenida fuera de ésta o bien como hijo adoptivo» de cuyas palabras no cabe extraer otra conclusión que la equiparación a los efectos del parentesco familiar de todos los tipos de filiación, ya sea por procreación natural, matrimonial o no, o por constitución judicial, esto es adoptiva²⁷, si bien en el caso de la filiación adoptiva existe una excepción expresamente dispuesta que impide la equiparación absoluta a los efectos del parentesco establecido, pues tal vínculo se advierte no surgirá en los casos de adopción de personas mayores de edad, por lo que en materia de adopción la equiparación del parentesco sólo se produce respecto a la constituida sobre menores

²⁷ Aun cuando PORCELLI, «Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli», cit., pp. 658 y 659 advierte que la equiparación efectuada ya fue calificada como revolucionaria con anterioridad, sin embargo es defendida por la doctrina, caso de FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto sui principi e regole di diritto sostanziale», cit., p. 8 al afirmar que, con ella «se realiza una separación entre la filiación y el matrimonio, con lo que la condición jurídica del hijo es tutelada en todo orden de las relaciones jurídicas como valor autónomo e independiente del vínculo eventualmente existente entre sus progenitores» de ahí que, como indica en la p. 9 de su trabajo, se fija de un modo inequívoco que «el parentesco depende de la procreación (o la adopción) y no del matrimonio», concluyendo acertadamente al afirmar que «el legislador con la reforma ha procedido a anclar el concepto de parentesco a la consanguinidad. Por lo que el parentesco natural tiene idéntica condición que el parentesco legítimo; incluso se extiende a las adopciones de menores de edad, por lo que el vínculo de parentesco subsiste tanto entre personas que descienden de una misma estirpe, ya dentro o fuera del matrimonio, como en el caso de los hijos adoptivos, salvo los mayores de edad». Igualmente SESTA, «L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari», cit., p. 236 defiende esta solución no sólo para la filiación natural, sino además para la adoptiva prevista, pues «no es posible una tercera vía, que deje a salvo los caracteres de la adopción en casos particulares y al completo admitiendo la creación de relaciones coexistentes de parentesco del adoptado con dos estirpes distintas (la de los progenitores biológicos y la de los adoptivos). Esto significaría, de hecho, integrar al hijo en varias familias, distorsionando la naturaleza misma de la sociedad familiar, a la que el instituto de la adopción está llamado a alinearse».

de edad, cuestión que se abordará y justificará en el próximo apartado, pero que debe tenerse presente desde este momento para no provocar conclusiones equívocas.

Esta equiparación, ciertamente aun cuando todavía no es plena como en España y, por tanto, genera una regulación del parentesco *quasi* exacta a la existente en nuestro país, ha sido recibida con satisfacción, no sólo por los operadores jurídicos, sino igualmente por los sociales, al provocar de forma casi unánime que cualquier sujeto, una vez reconocida por el Derecho su consideración de hijo de otra persona, pase a formar parte de su familia en el concepto jurídico de ésta, independientemente del hecho de que la concepción y el nacimiento tuvieran lugar dentro o fuera del matrimonio.

La aparente bondad de tal decisión, sin embargo es puesta en tela de juicio por algún sector de la doctrina, que entiende que si se lleva a cabo un análisis sistemático de la normativa italiana que puede incidir en ella, al estar la familia unida al matrimonio conforme al artículo 29 de su Constitución, con tal norma «parece modificarse radicalmente la noción de familia legal que, ahora no aparece necesariamente fundada en el matrimonio, al considerar que los vínculos jurídicos entre sus miembros se declaren prescindiendo de él»²⁸.

Esta discusión sobre la constitucionalidad de la equiparación de posiciones de la filiación matrimonial y extramatrimonial sobre la base de dotar a tales relaciones de idéntica condición de parentesco, ya fue objeto de anterior debate con motivo de la reforma del *Codice Civile* respecto al artículo 566, que procedió a igualar los derechos sucesorios de los hijos legítimos y naturales en relación, exclusivamente eso sí, a los progenitores, siendo resuelta por la doctrina de modo favorable a la constitucionalidad del precepto, al afirmarse para ello que, para los fines de la sucesión legal, sólo asumen relevancia las relaciones entre el difunto y sus herederos, sin llevarse a cabo en tal ámbito ninguna referencia al grupo familiar ni a los derechos de sus miembros²⁹, si bien no puede negarse que esta última argumentación, que da una vía de adecuado escape a la cuestión debatida, no es transmisibile al presente caso, pues

²⁸ Cfr. SESTA, «L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari», cit., p. 233. Ya indicó antes de la reforma, y es de pleno interés a estos efectos al analizar la relevancia en el ámbito de la familia del texto constitucional, GIACOBBE, *Il matrimonio e la famiglia*, cit., p. 12, que «se puede convenir que una sociedad natural puede formarse también independientemente del matrimonio, pero estaremos propensos a señalar que tal sociedad natural no puede ser definida como familia sobre la base del mandato constitucional».

²⁹ Así lo pusieron de manifiesto entre otros BUSNELLI «Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto», en *Famiglia di fatto*, Pontremoli, 1977, p. 133, y SANTORO-PASSARELLI, «Parentela naturale, famiglia e successione», en *Rivista trimestrale di procedura civile*, 1981, p. 27.

debe tenerse en cuenta que la reforma analizada sí incide directamente en el grupo familiar, que viene a ser alterado al integrar al hijo nacido fuera del seno de ésta, que conforme a la constitución está constituida sobre el matrimonio y ello a pesar de la ausencia de vínculo conyugal de sus progenitores³⁰.

De todos modos, tal aparente contradicción puede ser superada con la consideración extensa de la noción de familia digna de protección ya advertida y admitida jurisprudencialmente más allá de la existencia de matrimonio y, como señala Ferrando, por ser tal modificación plenamente concorde con el artículo 30 de la Constitución, pues sobre la base de algún pronunciamiento de la Corte Constitucional considera que «en el contexto actual, no se justifica la disparidad de tratamiento y el precepto constitucional de igualdad puede desplegarse no sólo en las relaciones verticales entre progenitores e hijos, sino también en aquéllas horizontales con sus parientes»³¹.

3. LA EXCLUSIÓN DEL PARENTESCO EN LAS ADOPCIONES DE MAYORES DE EDAD

La pretensión del legislador italiano de equiparar los derechos en las relaciones paterno-filiales y familiares derivadas de aquéllas, con independencia del tipo de filiación existente, sin embargo como se apuntó no será plena a pesar de la reforma, pues a diferencia de lo que ocurre en España en materia de adopción, en la que se establecen límites por la edad o diferencia de edad entre las partes para realizarla pero, de ser posible y constituirse judicialmente, las consecuencias jurídicas serán en todo caso idénticas a las de la filiación natural, ya sea matrimonial o extramatrimonial, sin embargo existe un tipo de filiación que no goza de la unicidad de las restantes en el ordenamiento jurídico italiano y es la de los adoptados mayores de edad pues, en tal caso, el vínculo de parentesco generalizado para la filiación tras la reforma del artículo 74 del *Codice Civile* no tiene lugar y se rechaza explícitamente, siendo estos, con los hijos cuyo reconocimiento no es posible, situación que se abordará próximamente, los únicos supuestos que no se han visto afectados por las pretensiones igualitarias del legislador.

³⁰ Por ello afirma SESTA, «L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari», p. 234 que «una cosa es entender la llamada a la sucesión a los parientes naturales, y otra cosa bien distinta es colocarlos en el ámbito del parentesco y, por tanto, de la familia».

³¹ Cfr. FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», cit., p. 8.

Esta distinción entre la adopción de menores y de mayores de edad a los efectos del parentesco, aun cuando pudiera extrañar, trae causa de la conservación de la relación del adoptado mayor de edad con su familia de origen y es defendida por un importante sector de la doctrina, al entender que las bases que motivan una y otra son diversas, por lo que justifican este diferente trato y la exclusiva integración plena en el ámbito familiar del adoptante de los menores de edad, que se considerarán familia a todos los efectos, y limitada de los mayores de edad, pues sólo entablarán relación, como sucedía previamente a la reforma a los hijos naturales, con el progenitor adoptivo³².

IV. LA REFORMA EN MATERIA DE FILIACIÓN

La pretendida equiparación de la posición jurídica de los descendientes respecto a sus progenitores, ha de llevar aparejada para el logro de tal fin una reforma del medio más trascendente para determinar la filiación no derivada del matrimonio, y hasta este momento denominada natural, el reconocimiento, efectuándose por la *Legge* de 10 de diciembre de 2012 diversas modificaciones de preceptos del *Codice Civile* por las que se pretenden, principalmente, permitir la posibilidad de reconocer a los hijos, sino en todo caso y con independencia de las circunstancias personales de sus

³² PALAZZO, «La riforma dello *status* di filiazione», en *Rivista di Diritto Civile*, 2013/2, p. 258, señala cómo la diferencia está en que «se verifica en estos casos la subsistencia de una relación de afectividad más concreta respecto a la adopción de un menor que no se conoce y con el que la relación está por construir, mientras la adopción de un mayor de edad se funda sobre la voluntad de dar forma jurídica a una relación personal de afectividad consolidada», justificando FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», p. 9, esta diferencia de efectos al indicar que «la adopción del menor tiene por objeto su integración en una familia, mientras que la del mayor de edad es de carácter patrimonial» de ahí que califique esta diferencia en la nueva redacción del artículo 74 del *Codice Civile* como «razonable, vista la diversa función de la adopción de los mayores y los menores de edad». Igualmente se argumenta a favor de esta distinta regulación en las Conclusiones adoptadas por la Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina, de fecha 4 de marzo de 2013, en <http://www.politichefamiglia.it/media/84314/relazione%20conclusiva%20commissione%20bianca.pdf>, p. 142, al considerar que tal solución «es perfectamente coherente con la diversa regulación jurídica de estos dos institutos: en la adopción plena el menor adoptado está en un estado de abandono y con la adopción se crea una unión filial con la familia adoptiva, con plena correspondencia desde el punto de vista de los efectos jurídicos al que se provoca con la adquisición de la condición de hijo; en la adopción de los mayores de edad el vínculo del adoptado con la familia de origen no cesa (artículo 300 CC), el adoptado conserva todos los derechos y deberes en relación con su familia de origen (salvo las excepciones establecidas en la ley) y no se crea ninguna relación civil entre el adoptado y los parientes del adoptante (salvo las excepciones establecidas en la ley)».

progenitores, al menos mayoritariamente, para lo cual se ha procedido a la reforma de sus artículos 250, 251, 258 y 276.

Estas modificaciones, de directa aplicación desde el 1 de enero de 2013, han de ser completadas con los diversos supuestos integrados en el artículo 2.1 de la citada Ley con incidencia en el presente ámbito, que motivarán que el contenido del decreto delegado sobre la materia precise aún más la regulación jurídica del reconocimiento conforme a los principios instaurados con la reforma, destacando entre estas actuaciones la necesidad de admitir, con un carácter general, la prueba biológica y de cuyo resultado se dará cuenta en este apartado.

1. LA MODIFICACIÓN GENERAL DEL RÉGIMEN DE RECONOCIMIENTO DE HIJOS

El primero de los preceptos de este ámbito que ha sido objeto de reforma, con eficacia directa y sin necesidad de esperar al decreto delegado por así imponerlo directamente la Ley, es el artículo 250 del *Codice Civile*, tratándose de matizar su anterior contenido para adecuarlo a la pretensión justificativa de la misma, llevando a cabo para ello modificaciones, tanto meramente formales como otras de carácter sustantivo, con el fin de permitir el reconocimiento de todos los hijos, aun cuando ello no se haya logrado en plenitud, aunque sí ampliamente, mejorándose por tanto la anterior situación.

La actual redacción del precepto conserva la posibilidad de efectuar el reconocimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 254 del *Codice Civile*, tanto por el padre como por la madre, que podrán llevarlo a cabo de forma individual o conjunta, no siendo impedimento para ello que el menor cuyo reconocimiento se pretenda fuera concebido estando casado alguno o ambos con otra persona, concretándose la primera modificación de interés en relación a los sujetos pasivos del reconocimiento que, conforme al texto reformado se limitaba a los hijos naturales, mientras que tras el cambio legislativo se extiende a todo hijo nacido fuera del matrimonio con independencia del caso concreto de sus progenitores no casados, al iniciarse la redacción del primer apartado del artículo 250 haciendo referencia al «hijo nacido fuera del matrimonio», aunque el mismo expresamente excepciona su aplicación a los hijos incestuosos, cuya regulación para su reconocimiento se lleva a cabo en precepto propio que se analizará con posterioridad.

Este artículo, sin embargo, sí va a establecer un requisito sin el cual no será posible llevar a cabo el reconocimiento de menor,

en concreto en su apartado 5, al vincular tal posibilidad a que el sujeto que lo pretenda haya cumplido una determinada edad, presupuesto indisponible e insubsanable que ha sido matizado con la reforma efectuada, pues aunque se conserva la regla general que establece tal edad en los 16 años, se habilita a los menores que hayan cumplido 14 años para que puedan realizarlo, si bien para ello se requiere expresa autorización judicial, para lo cual se valorarán las circunstancias concretas salvaguardándose, en todo caso, los intereses del hijo³³.

La eficacia del reconocimiento y, por tanto, de la creación de una relación paterno-filial no se va a producir únicamente a consecuencia de la voluntad unilateral del progenitor que reconoce, pues para ello, además, es necesario el consentimiento de los sujetos que pudieran verse afectados por el mismo, cuestión ya abordada en la anterior redacción en los apartados segundo y tercero del citado artículo 250, que imponían para su eficacia la necesidad de la admisión de tal reconocimiento, bien por el menor reconocido, ya por el otro progenitor que previamente lo hubiera realizado cuando el sujeto reconocido no tuviera la edad adecuada para poder realizarlo por sí, exigencias genéricas que se mantienen tras la reforma, pero que han sido precisadas en relación al ámbito de concurrencia de cada una de ellas al modificarse la edad establecida para este asentimiento en uno y otro caso, de tal modo que si la eficacia del reconocimiento requería la aceptación del propio menor si había cumplido 16 años, tras la reforma tal edad se reduce a los 14 años de edad, realizándose idéntico cambio en relación con la edad del menor que motivaba la autorización del otro progenitor, la cual era debida si el menor tenía menos de 16 años, edad que se rebaja a 14 años tras la reforma del precepto, dotando de coherencia al sistema al unificar la edad habilitada tanto para reconocer como para aceptar ser reconocido, aun cuando parte de la doctrina critica esta precisión por entender que lo procedente hubiera sido dejar tal cuestión a la madurez del menor y no al cumplimiento de una determinada edad³⁴.

³³ Valora positivamente esa posibilidad de reducción de la edad para reconocer a los 14 años FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», cit. p. 12, pues entiende que «existen casos en los que esperar a los 16 años para el reconocimiento constituye una interferencia en las relaciones entre padres e hijos, injustificada y dañosa para unos y otros» señalando que, entre las circunstancias que deben ser valoradas para admitir judicialmente tal posibilidad a partir de los 14 años y hasta los 16 años se sitúan «la madurez del progenitor y la existencia de una relación, familiar o de otro tipo, que sostenga la madre adolescente en el desarrollo de sus competencias y de crecimiento personal».

³⁴ PALAZZO, «La riforma dello status di filiazione», cit., p. 262 critica la precisión de una concreta edad en este ámbito, al entender que hubiera sido más oportuno sustituir la presunción basada en la edad por la noción de capacidad de discernimiento a acreditar caso

La previsión advertida puede generar una delicada situación en el caso de que el sujeto diverso al reconocido que deba aceptar el reconocimiento no lo haga, por el problema que plantea para su eficacia, cuestión que debe solucionarse pues, en caso contrario, pudiera generarse un derecho de veto absoluto al mismo que podría llegar a perjudicar al menor, abordándose expresamente esta situación por la *Legge* 219/2012, que ha procedido a su solución.

Para ello, en primer lugar, se establece con carácter general que la negativa del hijo reconocido habilitado a actuar por sí mismo provoca la imposibilidad de constituir una relación paternofamiliar entre reconocedor y reconocido, adentrándonos con ello en la categoría de los hijos cuyo reconocimiento no es factible, objeto de previsión expresa en la norma de reforma y que se valorará con posterioridad.

La segunda posibilidad, la negativa a la aceptación del reconocimiento de menor de 14 años por el progenitor a quien le correspondiera, al no tener el hijo la edad adecuada para consentir por sí mismo, es abordada expresamente, estando resuelta con la redacción dada al apartado 4 del artículo 250 tras la reforma, que la solventa sobre la base de la primacía del interés del hijo a ser reconocido, por ser el sujeto digno de mayor protección en este tipo de conflictos, estableciéndose como principio general que la negativa a la autorización al reconocimiento no lo puede impedir si el mismo responde al interés del menor, motivo por el cual se arbitra un procedimiento judicial que permite, en tal caso, admitirlo judicialmente, determinándose en la nueva Ley los trámites por medio de los que se ha de sustanciar³⁵.

De este modo, en la actualidad, el artículo 250.4 reconoce al progenitor que quiera reconocer a su hijo menor de 14 años, cuando la voluntad negativa del otro no le permita obtener el efecto pretendido, la posibilidad de recurrir para dotar de eficacia

a caso, debiendo entenderse, en su opinión, como obligatoria, sobre la base del criterio jurisprudencial, la motivación del juez en caso de ausencia de acogimiento de la voluntad expresada por el menor, considerando que «no es claro, de este modo, porqué el asentimiento del menor mayor de 14 años es vinculante, sin ninguna referencia a su efectiva capacidad de discernimiento; en otros términos, si el menor es capaz de discernir, el límite de 12 años o 14 parece arbitrario. El verdadero problema a solucionar, es el de obligar al juez a acoger la voluntad del menor capaz de discernir». De todos modos, no puede negarse que esta posibilidad genera una mayor inseguridad jurídica que la adoptada.

³⁵ FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», cit., p. 13 señala que de este modo «la ley intenta proteger al hijo de las aceptaciones de reconocimiento tardías por no interesar, que tienen por objeto perjudicar el crecimiento o las relaciones familiares o sociales del menor», concluyendo al respecto que, a pesar de la indeterminación de la fórmula empleada, la misma no debe ser obstáculo para garantizar el reconocimiento pretendido, dado que en la actualidad «la jurisprudencia más reciente tiende a valorar la importancia de las relaciones entre los hijos y, consecuentemente, rechaza la autorización sólo en casos excepcionales».

a su actuación al juez competente a tal fin que, conforme a la nueva redacción del precepto, dará traslado de la petición al progenitor opositor al reconocimiento y, si transcurridos treinta días desde la notificación no se opone, el juez, sin más trámites, decidirá en sentencia qué efectos tendrá la ausencia de tal consentimiento y, por tanto y principalmente, si procede o no el reconocimiento; en caso de oposición en tal plazo, el juez evacuará toda la información necesaria, pudiendo escuchar al menor si ha cumplido 12 años, o incluso si es de edad inferior y entiende posee capacidad de discernimiento suficiente, resolviendo con posterioridad conforme al criterio formado en base a las actuaciones realizadas y pretendiendo con ello, como ocurrirá en el primer caso, siempre lo mejor para el menor.

Las consecuencias derivadas de estas modificaciones normativas en materia de reconocimiento no se limitan a las expresadas, toda vez que en el artículo 2.1 de la norma legal de 10 de diciembre de 2012 se integran cuestiones que inciden o traen causa en lo hasta ahora indicado y que han sido abordadas en el decreto legislativo elaborado y aprobado por el gobierno.

El contenido del mandato, en este punto, se inicia con el deber de concordar la edad requerida para los menores en las restantes disposiciones propias de la filiación, lo que ha de provocar la necesidad de modificar todas las que vincularan la facultad del menor en las actuaciones procesales en la materia a los 16 años, para adecuarlas a la nueva edad de 14 años establecida para el reconocimiento, dotando con ello de coherencia a la normativa y evitando así antinomias, motivo por el cual el artículo 2.1.f) de la norma reformadora dispone la debida «modificación de los artículos 244, 264 y 273 del *Codice Civile*, estableciendo el descenso en la edad del menor de los 16 a los 14 años de edad», tarea lógicamente abordada y realizada por el decreto delegado aprobado por el gobierno³⁶.

En segundo lugar, el apartado e) del citado artículo 2.1 establece que el decreto delegado debía contener una modificación de la disciplina del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la cual expresamente deberá prever «1) la regulación rela-

³⁶ Estos preceptos afectan a esta cuestión al versar, primeramente, el artículo 244 sobre el plazo existente para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por el menor de edad, por incidir su último párrafo en ello, al prever su anterior redacción la posibilidad del nombramiento de un curador cuando el menor sea de edad inferior a 16 años para su ejercicio; en segundo lugar, el artículo 264, si bien establece la regla general de que los menores no pueden impugnar el reconocimiento, habilitaba una excepción para ello a los mayores de 16 años con autorización judicial y, por último, el artículo 273 imponía la aceptación del menor mayor de 16 años para que se interponga acción de filiación en su interés a los efectos de la declaración judicial de su paternidad o maternidad. La actuación del gobierno ha consistido en modificar todos estos supuestos y precisar que la referencia a la edad en ellos realizada es de 14 años.

tiva a la integración del hijo reconocido en la familia del progenitor que lo realice, en concordancia con el principio de unificación de los estados del hijo, dejando exclusivamente al juez la valoración de compatibilidad con el artículo 30 de la Constitución, y 2) la extensión del principio de la inadmisibilidad del reconocimiento del artículo 253 del *Codice Civile* a todas las hipótesis en las que existe un previo reconocimiento por los progenitores o declarado judicialmente».

La adaptación normativa planteada en el primer apartado del citado artículo 2.1.e) de la *Legge* 219/2012 de todos modos ya fue abordada expresamente por la propia normativa reformadora de la materia, al modificar directamente y con plena eficacia tras su entrada en vigor el contenido del artículo 258 del *Codice Civile*, relativo a los efectos del reconocimiento, modificación realizada en un sentido similar a la ya apuntada del artículo 74 de tal texto legal y llevada a cabo en concordación con su contenido, dado que se procede a suprimir parte de su apartado primero que habilitaba la posibilidad de restringir la posibilidad de integrar plenamente a los hijos reconocidos en la familia del reconocedor.

Esta disposición establece, en la actualidad, que el reconocimiento produce efectos sobre el progenitor que lo ha realizado y sobre sus parientes, sin más precisiones, habiéndose suprimido para ello el final del apartado que disponía que lo antes indicado tendría lugar «salvo en los casos previstos en la ley», el cual se deroga, actuación necesaria y coherente que trae causa de la superación de la idea de la posible diferenciación de la posición jurídica de los hijos sobre la base del tipo de filiación existente para su determinación; de este modo, pretendiendo la actual reforma la equiparación en los derechos de todos los hijos, efectuado el reconocimiento de uno de ellos la consecuencia jurídica de la integración en el ámbito familiar y de parentesco del reconocedor del sujeto reconocido ha de ser absoluta, sin que sea posible restringir tal efecto, en modo alguno, por contravenir la pretensión teleológica que motiva el cambio normativo efectuado.

El mandato delegado por el artículo 2.1.e), de todas maneras, ha sido plenamente cumplimentado por el gobierno al proceder el ejecutivo a la modificación de los artículos 252 y 253 del *Codice Civile* a tal fin³⁷.

³⁷ En la nueva redacción del artículo 252 sobre la custodia de los hijos nacidos fuera del matrimonio y su integración en la familia se efectúan precisiones, tanto terminológicas como de contenido, para ello, suprimiéndose la limitación a los hijos legítimos o legitimados de la prohibición de su reconocimiento, pues tal imposibilidad en la nueva redacción del artículo 253 se establece para todo hijo cuya filiación ya esté determinada siendo, por tanto, indiferente a tal efecto que lo sea matrimonial, extramatrimonial o adoptiva.

La última de las cuestiones que inciden en el reconocimiento e insertas dentro del mandato delegado se ponen de manifiesto en el contenido del apartado g) del artículo 2.1 de la *Legge* 219/2012, que tiene por objeto imponer la debida «modificación de la regulación de la impugnación del reconocimiento, con la limitación de la imprescriptibilidad de la acción sólo para el hijo y con la introducción de un plazo de extinción de la posibilidad del ejercicio de la acción por parte de los otros legitimados».

Esta tarea se aborda en el decreto legislativo de desarrollo mediante una nueva redacción del artículo 263 del *Codice Civile*, cuya nueva redacción establece que cuando se impugne el reconocimiento tal acción será imprescriptible para el hijo, pudiendo igualmente interponerla el sujeto que lo llevó a cabo en el plazo de un año desde su anotación registral, si bien en este último caso si el progenitor impugnante prueba ignorar su impotencia al tiempo de la concepción, el término para ello empezará a contar cuando lo conociera, dato que se puede probar por la madre que haya efectuado el reconocimiento, si bien para este caso de impugnación por progenitor se precisa que, en cualquier caso, la acción caducará definitivamente y con independencia de las circunstancias existentes a los cinco años de la inscripción del reconocimiento.

La legitimación para la acción de impugnación se amplía con la reforma efectuada por el decreto delegado, pues la nueva redacción dada al artículo 264 del *Codice Civile* determina que puede ser propuesta esta acción de impugnación del reconocimiento por un curador especial nombrado por el juez después de una sumaria información, a instancia del hijo menor que ha cumplido 14 años, del ministerio publico o del otro progenitor que haya válidamente reconocido al hijo cuando se trate de descendiente de edad inferior.

2. LA POSIBILIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE HIJOS INCESTUOSOS

Un gran avance en la tutela de los derechos de los hijos, y por tanto en la equiparación del régimen jurídico de la filiación y de las relaciones paternofiliales, se provoca con la reforma del artículo 251 del *Codice Civile*, que supera la proscripción del reconocimiento de los hijos tradicionalmente denominados de forma peyorativa como incestuosos, pues quienes actuaban de tal modo eran los progenitores, no el hijo.

La situación existente hasta la *Legge* 219/2012 no permitía el reconocimiento de los hijos que hubieran nacido de parientes consanguíneos en línea recta, en todo caso, y colaterales hasta el

segundo grado, prohibición igualmente impuesta respecto a los posibles hijos de progenitores que ostentaran una relación de parentesco por afinidad en línea recta, aunque ciertamente se admitían excepciones a tal contundente efecto al permitirse que, a pesar de lo anterior, pudiera llevarse a cabo el reconocimiento en supuestos tasados, y siempre con autorización judicial, como cuando, primeramente, al tiempo de la concepción ignorasen los progenitores el vínculo existente entre ellos, en segundo lugar cuando se declarase nulo el matrimonio del que traía causa la afinidad y, por último, de ser uno de los progenitores, a pesar de tal parentesco, de buena fe, en cuyo caso sólo se le permitía reconocer a él³⁸.

Esta restricción de derechos, claramente perjudicial para el menor, al que siguiendo el criterio tradicional se le castigaba por el mal cometido por sus padres al que era ajeno y se le impedía la determinación jurídica de sus progenitores³⁹, nuevamente se veía justificada por el influjo de la equiparación de los conceptos de familia y matrimonio constitucionalmente establecida, pues partía de la consideración de la imposibilidad de parentesco entre los sujetos impedidos para contraer nupcias, situación e interpretación que ha sido variada sustancialmente en la actualidad, llegando a habilitarse la posibilidad del reconocimiento en estos casos, aunque no de un modo absoluto o plenamente libre para los interesados, al requerirse para ello y, por tanto, para que sea eficaz, expresa autorización judicial.

De este modo, de una regla general impeditiva se ha pasado a un criterio genéricamente permisivo, al habilitarse con la reforma la posibilidad de efectuarse el reconocimiento por los progenitores que se encuentren en tal situación de parentesco, si bien para ello la

³⁸ PORCELLI, «Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli», cit., p. 662 precisa que con la reforma «viene a menos la prohibición de reconocer hijos incestuosos. Esta prohibición sólo tenía sentido en el caso de salvaguardar a los hijos de las eventuales consecuencias negativas de orden social derivadas de la publicidad de una situación reprochable por el modo de concepción; pero puede ciertamente dudarse que tal fuera su finalidad, cuando el reconocimiento se consentía cuando el progenitor ignoraba la incestuosidad de la relación, cuando había habido violación o en caso de nulidad del matrimonio del que derivara la afinidad».

³⁹ Así explícitamente lo señala al abordar esta cuestión FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», cit., p. 14, indicando que la anterior normativa partía «de una concepción del pasado que sancionaba el comportamiento de los progenitores haciendo recaer sobre sus hijos su culpa». Igualmente BIANCA, «La legge italiana conosce solo figli», cit., p. 4, tras reconocer que esta cuestión ha sido muy debatida, e incluso criticada, considera la solución adoptada como positiva, rechazando las muestras contrarias al advertir que «contrastan con el espíritu de una reforma que ha querido no agravar en los hijos la culpa de sus progenitores. La prohibición absoluta, justificada por la repugnancia del incesto, no daba relevancia alguna a los intereses del hijo. En consecuencia, por tal prohibición estaba prohibido el reconocimiento también por parte de uno sólo de los progenitores, generalmente la madre. Esto provocaba que el hijo debía ser declarado en estado de abandono».

libertad no será absoluta, pues se requiere previa autorización judicial, por tanto, la modificación efectuada aun sin reconocer en tales casos una posibilidad de reconocimiento que podríamos denominar como absoluta o plena, al partir de un punto de vista diverso al anterior para la resolución del problema, la posibilidad de reconocer, debe ser calificada como positiva y destacarse por el importante cambio, y avance, que supone en la tutela de los derechos de tales hijos.

La causa que ha motivado la ausencia de una facultad plenamente libre para el reconocimiento se sitúa en la necesaria protección de los intereses del menor, pues no puede negarse que el conocimiento de la particularidad en la relación familiar de sus progenitores pudiera afectarle negativamente, perjudicándose por ello su desarrollo tanto personal como social, por lo tanto, aunque superado que tal hecho *per se* sea en todo caso negativo para el menor cuyo reconocimiento se pretende, será el juez quien valore su efecto beneficioso no conforme a las particulares circunstancias concurrentes y no determinados prejuicios o ideologías consideradas *a priori*, lo que sin embargo provocará que las soluciones a los supuestos en los que se pretenda un reconocimiento de estas características hayan de considerarse particulares y no absolutas, al ser plenamente casuísticas y, por tanto, no siempre extensibles a otros supuestos⁴⁰.

Esta modificación, de todos modos, no ha gozado de un absoluto respaldo ni durante la tramitación ni tras la entrada en vigor de la norma, si bien por motivos diferentes, primeramente al plantearse algún tipo de discusión sobre su procedencia durante su tramitación por si pudiera derivarse de ella una legitimación de las relaciones incestuosas, lo que no es cierto, al no abordarse tal cuestión en modo alguno durante los trabajos efectuados para la reforma, ni

⁴⁰ Por ello indica PORCELLI, «Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli», cit., p. 663 que «el legislador permite el reconocimiento teniendo en cuenta los intereses del menor, con lo que se reconoce expresamente, no sólo la relevancia preeminente del interés del hijo, sino también la necesidad de evitar cualquier perjuicio, pues al hijo no se le debe derivar del reconocimiento un perjuicio mayor que aquel que le generaría el no ser reconocido», indicando ante esta situación BIANCA, «La legge italiana conosce solo figli», p. 4, que el reconocimiento «debe ser impedido, no en razón de una condición jurídica de imposibilidad de reconocimiento del hijo, sino en razón únicamente de los perjuicios que en concreto pueda generarle el reconocimiento. Por ello la necesidad de autorización judicial». Al respecto la Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disci de 4 de marzo de 2013, <http://www.politichefamiglia.it/media/84314/relazione%20conclusiva%20commissione%20bianca.pdf>, en p. 9 indica en su texto conclusivo que el interés del menor es el dato esencial a valorar por el juez, afirmando para ello que «la Comisión advierte de que la autorización judicial prevista requiere prestar particular atención a este dato para evitar que el hijo puede sufrir perjuicios mayores por el reconocimiento que sin él y el reconocimiento debe estar subordinado a un periodo de prueba, efectuado bajo la vigilancia de los Tribunales».

menos en el texto definitivo aprobado⁴¹ y, en segundo lugar, y aun cuando ello no puede negar la trascendencia de tal decisión y el fuerte apoyo de la doctrina a la reforma en este punto, al existir quien considera que la actual regulación conserva una cierta discriminación hacia este tipo de hijos al requerirse para su reconocimiento, en todo caso, autorización judicial⁴².

Por tanto, a pesar de los inconvenientes advertidos, con la reforma se supera el principio rector hasta el momento existente que establecía la imposibilidad del reconocimiento motivada por las circunstancias en las que había tenido lugar la concepción con un carácter general y no limitado a los supuestos excepcionales de la anterior redacción apuntados, que se supera y se establece, por el contrario, la primacía del interés del menor en conocer su origen y, en tal caso, será factible su reconocimiento a pesar del carácter incestuosa de la relación de sus progenitores de la que trae causa.

La materia de los hijos incestuosos, de todos modos, persiste como particular en la normativa civil italiana y no sólo por la cuestión relativa a su forma de reconocimiento, permitido tras la reforma, sino por la conservación de algún efecto diverso para tales hijos por ostentar tal condición, siendo un claro ejemplo de ello la modificación efectuada del artículo 128 del *Codice Civile* por el decreto delegado que desarrolla la *Legge* 219/2012 pues el mismo,

⁴¹ En las conclusiones de la Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina, de 4 de marzo de 2013, <http://www.politichefamiglia.it/media/84314/relazione%20conclusiva%20commissione%20bianca.pdf>, pp. 8 y 9, se pone manifiesto cómo «en el curso de la tramitación de la Ley 219/2013, representantes de entes y asociaciones convocados expresaron su preocupación por la disposición que preveía el reconocimiento de los hijos cuyos progenitores eran parientes o afines no dispensables, llegando alguno a invocar la necesidad de revocar tal previsión, al ser vista como una suerte de legalización de las uniones incestuosas, pero en realidad ello no ha sido lo realizado por el Parlamento, que no ha legalizado el llamado incesto, pues lo único que ha hecho es reformar la antigua concepción por la cual la reprobación de las relaciones existentes entre los progenitores se reflejaba en una discriminación jurídica que recaía en el hijo. La disposición que permite reconocer a este tipo de hijos, previa aceptación judicial, no provoca ningún perjuicio y exclusivamente debe negarse en base a la consideración del interés del hijo, por tanto, la exclusión del reconocimiento no tiene razón de ser cuando se acepta que el mismo es favorable para el hijo, pues la idea según la cual el reconocimiento sería siempre perjudicial para el menor no puede admitirse, en cuanto no tiene en cuenta la situación, en la que aparece plausible la preferencia del interés del hijo a ser reconocido».

⁴² Esta opinión es defendida por DE FILIPIS, «La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura», cit., p. 293, quien tras reconocer que con la reforma se asegura la prevalencia del interés del hijo sobre otras valoraciones abolidas, considera que «la autorización, insertada con la motivación de tutelar el interés del hijo y de evitar cualquier perjuicio para él, sigue siendo discriminatoria, en cuanto mantiene en vida una categoría particular de hijos, calificable como aquella para la que es necesario un procedimiento judicial para poder ser reconocidos, y parece demostrar la necesidad de superar prejuicios sociales o una mentalidad que pudiera considerar negativo el conocimiento público del origen del menor».

al abordar las consecuencias del matrimonio putativo no ha equiparado su posición a la del resto de hijos, al indicar este precepto que se conserva la exclusión de la subsistencia de los efectos del matrimonio para los hijos en el caso de matrimonio nulo por mala fe de los cónyuges en caso de incesto, precepto que obvia la finalidad de tales efectos en relación a los hijos, que se determine quiénes son sus progenitores, en protección de la institución matrimonial, o de la filiación derivada de la misma, lo que es un claro paso atrás en el impulso que, en principio, se había dado a la determinación de la filiación de los hijos incestuosos con la reforma.

3. LA REFORMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR POSESIÓN DE ESTADO

Una de las vías por las que es posible determinar la filiación es la posesión de estado, materia sobre la cual nada indica la norma de la que trae causa la reforma del régimen jurídico de la filiación en Italia, sin embargo, ello no ha significado que la regulación de esta concreta institución jurídica no haya sufrido sus efectos, pues las disposiciones que procedían a reglamentar la materia han sido objeto de modificaciones por el gobierno a la hora de efectuar el decreto delegado, al entenderse que ello era necesario para adecuarlas a los principios y fines de la *Legge* 219/2012.

Este medio de prueba de la filiación estaba restringido antes de la reforma para acreditar el estado de hijo legítimo, por tanto, sólo era posible determinar conforme al mismo una filiación matrimonial, limitación de su empleo que se ha dejado sin efecto al habilitarse, en concordancia con el intento de evitar discriminación en la materia, para que pueda servir de base para determinar, igualmente, la filiación de los hijos extramatrimoniales, para lo cual se ha suprimido la referencia que vinculaba esta posibilidad únicamente a la filiación legítima en el artículo 236 del *Codice Civile*.

Además, es de interés el contenido dado al artículo 237 de tal marco normativo por el decreto delegado, pues en el mismo se procede a determinar de forma precisa cuáles serán los requisitos debidos para que haya posesión de estado en este ámbito, cosa que no ocurre en España, indicando como tales: «a) que los progenitores hayan tratado a la persona como hijo y le hayan mantenido y alimentado como tal por esta condición; b) que la persona haya sido considerada como hijo en las relaciones jurídicas y c) que haya estado reconocida como hijo por la familia de sus progenitores».

4. LA LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA FILIACIÓN Y LA EXTENSIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

La importancia y trascendencia en el ordenamiento jurídico italiano de la *Legge* 219/2012, como se ha apuntado desde un primer momento, no se ciñe a las concretas modificaciones efectuadas de un modo directo y expreso y con entrada en vigor a primeros del año 2013, sino que se aumenta con el contenido del decreto delegado, al deber abordarse en el mismo por el gobierno la regulación de importantes materias, entre ellas y expresamente citadas las relativas a la investigación de la filiación y la extensión de las presunciones de paternidad, por lo que al estar aprobado éste por Consejo de Ministros de 12 de julio de 2013 procede a continuación advertir sobre cómo se ha cumplimentado tal mandato en los aspectos citados.

El interés de la primera cuestión mencionada trae causa del contenido del artículo 2.1.c) de la *Legge* 219/2012, que imponía al gobierno efectuar la «redefinición de la disciplina sobre la posesión de estado y de la prueba de la filiación con todos los medios idóneos, previendo que la filiación fuera del matrimonio puede ser aceptada judicialmente», previsión que se ve completada con el contenido del apartado d), cuya primera parte establece el deber para el gobierno de la «extensión de la presunción de paternidad del marido a los hijos comunes nacidos o concebidos durante el matrimonio», redacción que ha levantado una fuerte polémica entre los autores como se verá, concluyéndose tal apartado con la necesidad de «la redefinición de la disciplina de la reclamación de la paternidad, con referencia especial a los apartados 1, 2 y 3 del artículo 235.1 del *Codice Civile*, con el respeto de los principios constitucionales».

El análisis del contenido de esta particular delegación conlleva, en primer lugar, que la misma pretenda instaurar un sistema en el que se permita y reconozca la libre investigación de la paternidad y la maternidad, frente ante las anteriores limitaciones y prohibiciones impuestas para ello, condicionadas principalmente a la acreditación del adulterio de la madre.

La concreción definitiva de la libertad de investigación a los efectos de la filiación es una de las grandes novedades de la reforma y se ha llevado a cabo su previsión normativa en el decreto delegado, que lo consagra como principio general del sistema al reconocerlo en todo caso y sin restricciones, tal y como se establece en el artículo 241 del *Codice Civile*, procediéndose en concordancia con ello a la derogación por el decreto delegado de las dis-

posiciones contenidas en los artículos 242 y 243 del citado marco normativo, que tenían por objeto limitar esta posibilidad.

El reconocimiento de este principio, por tanto, es un hecho de innegable trascendencia, pues con ello se ha de entender definitivamente que, en este ámbito, el interés normativo recae en el hijo y en el intento de determinar su filiación, haciendo prevalecer, gracias a la certeza genética, la verdad biológica sobre la legal para, con ello, otorgar al hijo una tutela adecuada⁴³, si bien no puede obviarse que este reconocimiento normativo trae causa, principalmente, del deseo del legislador de recoger en la normativa el contenido material y teleológico de la doctrina de la Corte Constitucional italiana, que declaró la inconstitucionalidad de la redacción del artículo 235.1.3 del *Codice Civile* en cuanto vinculaba la posibilidad de la admisión de las pruebas biológicas sobre las características genéticas del hijo a la previa demostración del adulterio de la madre⁴⁴.

La segunda materia indicada, relativa a la extensión de la presunción de paternidad, ha motivado una importante discusión respecto a los efectos que deban provocarse con tal previsión y a concretar en el decreto delegado del gobierno⁴⁵.

Esta genérica redacción provoca, en primer lugar, la valoración de la posible extensión de tal presunción a los hijos extramatrimoniales, posibilidad que debe rechazarse, tal y como acertadamente ha precisado la doctrina italiana, al negar que pueda admitirse que lo pretendido sea la extensión de tal presunción a las parejas extramatrimoniales o a los hijos nacidos fuera del matrimonio, por faltar en tales casos el elemento necesario e imprescindible que la justifica, al ser el configurador de la misma, el matrimonio, que provoca el deber de convivencia y la seguridad y estabilidad de la relación de la que trae causa su existencia⁴⁶.

⁴³ Abordó antes de la aprobación del decreto delegado esta cuestión con amplitud PALAZZO, «La riforma dello status di filiazione», cit., p. 249 y 253, quien entendía que el legislador delegado, además de modificar diversos preceptos para admitir la prueba directa de determinación de la filiación sobre la base de coincidencias genéticas, señalaba en p. 252 que «deberá eliminar la fase preliminar, admitiendo la prueba directa, realizada a través del análisis del ADN y debe introducir un término de finalización para el ejercicio de la acción por los sujetos legitimados diversos del hijo», actuación esta última no efectuada.

⁴⁴ La ineficacia de tal precepto fue decretada por la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 6 de julio de 2006, núm. 266.

⁴⁵ Por ello ROMA, «Prime, sommarie osservazioni sulla L. 10 dicembre 2012, N. 219», p. 32, critica la prescripción contenida en el artículo 2.1 d) relativa a la extensión de la presunción de paternidad, al entender que la misma sólo puede generar dudas interpretativas.

⁴⁶ La doctrina italiana, acertadamente, rechaza la extensión de las presunciones de paternidad matrimonial a otro tipo de uniones de forma mayoritaria, pues como indica FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», p. 17, «fuera del matrimonio están ausentes las condiciones que justifican el recurso a la presunción de paternidad» en criterio igualmente puesto de manifiesto por

La extensión de la presunción de paternidad matrimonial, de carácter *iuris tantum* y frente a la cual es posible oponerse cuando el marido entienda que no es en realidad el padre biológico⁴⁷, de todos modos, en una interpretación adecuada y centrada a la realidad jurídica y social existente, no debe suponer un trastorno importante ni una quiebra de los principios inspiradores y justificativos de la materia, pues a pesar de las dudas que ha suscitado, con ella entiendo que simplemente se pretende resolver una situación derivada del nacimiento de hijo de mujer casada cuya concepción no sea natural por derivar del empleo de técnicas de reproducción asistida, pues en tal caso pudiera surgir la duda respecto a si el padre a determinar jurídicamente debiera ser el marido o no, al no serlo biológicamente en muchos casos, por emplearse material reproductor de otro sujeto; por tanto, una adecuada ejecución del mandato delegado debiera centrarse en la extensión de tal presunción a toda concepción o nacimiento de mujer casada hacia su marido en dichos casos y ello a pesar de que incluso pudiera ser que biológicamente tal marido no fuera realmente el padre, superando de este modo las restricciones existentes al respecto en la materia pues, más allá de este supuesto, carece de sentido tal delegación⁴⁸.

La concreción de tal mandato en el decreto delegado aprobado por el Consejo de Gobierno italiano, lógicamente, no ha procedido a la extensión de la presunción a los hijos nacidos de uniones extramatrimoniales, sino que ha abordado una importante reforma de la regulación de la materia, concretando la extensión contenida en el mandato delegado, conforme a lo ya advertido y defendido anteriormente, en la consideración como hijo matrimonial de todo aquel nacido o concebido por mujer casada, sin más especificaciones o precisiones, por lo que de tal hecho con carácter general se

DOGLIOTTI, «Nuova filiazione: la delega al governo», p. 281, al señalar que «no se puede hablar ciertamente, sin una explícita indicación normativa, de presunción para los hijos nacidos fuera del matrimonio», concretando la causa que motiva el rechazo PORCELLI, «La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo», pp. 1755 y ss., en el hecho de que la situación, en este caso, es diversa «porque sólo el matrimonio hace posible la aplicación de las presunciones de paternidad del marido de la madre».

⁴⁷ Tal y como recuerda prudentemente PALAZZO, «La riforma dello status di filiazione», en *Rivista di Diritto Civile*, 2013/2, p. 248 en su estudio sobre los preceptos que requieren alteración para su adaptación a la *Legge* 219/2012 al indicar que «no se trata de una presunción absoluta, porque los interesados, padre, madre o hijo pueden probar lo contrario por cualquier medio».

⁴⁸ Por ello pone de manifiesto expresamente DOGLIOTTI, «Nuova filiazione: la delega al governo» p. 281 que «la extensión del precepto hace referencia a la novedad normativa introducida por la *Legge* núm. 40 de 2004 sobre fecundación asistida, tanto en relación a la prohibición del anonimato de la madre, como respecto a la acción de desconocimiento, en caso de inseminación artificial, vedada pero prevista» si bien critica esta extensión PALAZZO, «La riforma dello status di filiazione», p. 246, al entender que «significa un vacío del significado de la presunción, convirtiéndola de hecho en una ficción».

deriva la directa filiación matrimonial y la paternidad del marido, por tanto, sin tener en cuenta ni el momento del matrimonio a los efectos de vincular la eficacia de la realidad biológica a la jurídica, ni la participación real del marido, genéticamente hablando, en la procreación por ser concebido el hijo por técnicas de reproducción asistida, pues lo trascendental en este punto será el dato objetivo del estado civil de la madre al momento de la concepción o el alumbramiento.

Esta extensión de la presunción de paternidad al momento de la concepción, y no sólo al del nacimiento, trae causa de la nueva redacción dada por el decreto delegado al artículo 231 del *Codice Civile*, en virtud de la cual se dispone que el marido de la madre será el padre del hijo «cuando haya nacido o sido concebido por mujer casada».

El importante cambio del punto de partida de la aplicación de la presunción ha provocado la necesidad de reforma de otros preceptos para así evitar contradicciones y antinomias, por lo cual igualmente se ha procedido por el gobierno a la modificación del artículo 232 del *Codice Civile*, dejándose sin efecto la tradicional vinculación de la eficacia de la presunción de paternidad, como ocurre en España, al hecho de que el nacimiento tenga lugar 180 días después del matrimonio, si bien se conserva el plazo temporal de su eficacia para los supuestos de crisis o extinción del matrimonio, pues la aplicación de la presunción de paternidad se mantiene respecto del nacimiento producido sin transcurrir 300 días desde la nulidad, el divorcio o el cese de los efectos civiles del matrimonio.

El cierre de este análisis ha de dejar constancia de una crítica puesta de manifiesto por la doctrina a tal delegación en el ámbito de la filiación, consistente en no haber zanjado la cuestión relativa a la determinación de la filiación de hijos extramatrimoniales respecto de la madre, que en Italia requiere igual que para el padre concreto y específico reconocimiento, motivo por el cual se entiende debiera arbitrarse alguna fórmula para resolver tal cuestión sobre la base del establecimiento de una presunción concreta a tal fin⁴⁹, tarea no abordada finalmente por el legislador delegado.

⁴⁹ Tal y como defienden tanto FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», p. 17, al indicar que «la delegación no considera la certeza de la maternidad y esto es una laguna» como PORCELLI, «La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo», pp. 1755 y ss., que plantea una posible solución a esta cuestión indicando para ello que «podría preverse un sistema de acercamiento de la filiación operante de modo automático también para las parejas no casadas, al menos respecto a la identidad de la madre».

5. LA INCIDENCIA DE LA REFORMA EN LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

Los cambios en el régimen jurídico de la filiación también han afectado a la regulación de las acciones de filiación, si bien en este punto más por la acción del gobierno que por la del propio legislador, pues este último sólo efectuó una previsión al respecto, al modificar el artículo 276 del *Codice Civile*, siendo por tanto la reforma en este punto abordada por el decreto delegado al desarrollar los principios y previsiones de la *Legge* 219/2012, llevándose a cabo a continuación un análisis unitario de las modificaciones existentes, con independencia de que su origen se sitúe en los cambios realizados por el poder legislativo o ejecutivo delegado.

La primera de las acciones de filiación cuyo régimen es afectado por la reforma, en este caso por las previsiones del decreto delegado, es la acción de impugnación de la filiación existente para su reconocimiento y calificación como matrimonial, para lo cual se lleva a cabo una modificación del artículo 239 del *Codice Civile*, que procede a integrar contenidos del artículo 240, que es derogado, estableciendo los cuatro supuestos en los que el hijo podrá ejercitarla, siendo *a)* los hijos cuya filiación estuviera determinada que podrán pedir un estado diverso al existente en caso de suposición de parto o de sustitución del recién nacido, *b)* el hijo nacido de matrimonio e inscrito como hijo de padres desconocidos, salvo en el caso de existencia de sentencia de adopción; *c)* la reclamación de hijos de un estado conforme a la precisión de paternidad cuando ha estado reconocido de forma contraria a la misma y por quien fue inscrito de conformidad de otra presunción de paternidad y *d)* la reclamación de un estado de hijo diverso cuando el anterior ha estado eliminado.

La acción de impugnación de la filiación matrimonial también ha sido objeto de reforma, pues a tal fin el nuevo artículo 243 *bis* del *Codice Civile* creado por el decreto delegado del gobierno precisa los sujetos que estarán legitimados para ello, indicando que lo serán el marido, la madre o el mismo hijo, debiendo probar quien la ejercite que no existe la cierta relación de filiación entre el hijo y el presunto padre y precisándose a estos efectos probatorios que no excluye la paternidad la sólo declaración de la madre.

El ejercicio de esta acción para su eficacia, además de la prueba antes citada, requiere que se lleve a cabo dentro de los plazos establecidos a tal efecto, concretando la nueva redacción dada por el gobierno al artículo 244 del *Codice Civile* que serán

si la ejercita la madre de seis meses desde el nacimiento del hijo o desde el día en el cual tuvo consciencia de la impotencia del marido al tiempo de la concepción, y de un año si es el marido, a contar ya desde el día del nacimiento si se encontraba en ese momento en el lugar en que nació el hijo, ya desde el día de su retorno o desde el día de su regreso a la residencia familiar en caso de no darse el anterior supuesto, si bien se advierte expresamente en la norma que, de tener noticias el marido del nacimiento, el inicio del plazo comenzará el día en que lo hubiera conocido, añadiéndose una última posibilidad para el *dies a quo* del cómputo del plazo para el marido, que será cuando pruebe ignorar su propia impotencia para generar o el adulterio de la mujer al tiempo de la concepción, en cuyo caso el plazo igualmente anual empezará a computarse desde que tuviera consciencia de ello.

El legislador, de todos modos, pretende limitar el tiempo total de posibilidad de ejercicio de esta acción, aun cuando existan las especiales circunstancias advertidas que pueden afectar al inicio de su cómputo, determinando que tanto para la madre como para el padre el mismo precluirá, en todo caso, transcurridos cinco años desde el día del nacimiento.

Esta acción, a diferencia de los casos anteriores, será imprescriptible de ser planteada por el propio hijo, que podrá ejercitarla por sí mismo, si es mayor de edad, y también si es menor, aunque en este caso lo tendrá que llevar a cabo a través de un curador nombrado judicialmente, ya a petición del propio menor que haya cumplido los 14 años, del Ministerio Público o del otro progenitor cuando sea el hijo cuya filiación se pretende impugnar menor de dicha edad.

Los plazos previstos en el decreto delegado podrán suspenderse, conforme habilita la nueva redacción dada al artículo 245 del *Codice Civile*, lo que ocurrirá si la persona legitimada para promover la acción se encuentra incapacitada judicialmente por enfermedad mental o tiene una grave enfermedad, aunque ello no le privará de su total ejercicio, pues podrá ser planteada por el tutor designado ante la incapacidad en su nombre o, en ausencia de éste, por un curador especial previa autorización judicial, habilitaciones estas últimas necesarias al tener su ejercicio un plazo total e improrrogable por ser preclusivo de cinco años, al que no le afectan estas situaciones, para su ejercicio por el marido y la madre, indicándose igualmente que si fuera el hijo el que se encontrara en ella, y ha de entenderse que estando habilitado para interponerla por sí mismo, pues si no ya estaría solucionada la

cuestión conforme a lo antes expuesto en relación con el artículo 244, la acción en su nombre la podrá plantear un curador especial nombrado por el juez, a instancias del Ministerio Público, del tutor o del otro progenitor.

La única cuestión en este ámbito objeto de reforma que es abordada directamente por la *Legge* 219/2012, en vigor por tanto desde primeros de año 2013, incide en la legitimación pasiva de las acciones que tengan por objeto la demanda de reclamación de paternidad o maternidad de un hijo, hasta la reforma calificado como natural. Esta acción debe interponerse contra el presunto progenitor, conforme al artículo 276 del *Codice Civile*, y requiere para su pertinencia que éste o sus herederos participen como demandados, pudiendo ser parte del procedimiento además, como es lógico, cualquier interesado en el mismo.

La reforma efectuada incide en el último párrafo del apartado primero del citado artículo y, dado que en todo caso tiene que existir un sujeto demandado, viene a resolver lo que ocurrirá en el supuesto de que esté ausente necesariamente del procedimiento, por las circunstancias que sean, el progenitor aparente o sus herederos que debieran ocupar la parte pasiva, rechazándose que ello provoque su finalización por falta de demandado, al establecerse en la nueva redacción que, en tal caso, la demanda deberá plantearse contra un curador del menor que será designado por el juez, momento hasta el cual permanecerá el procedimiento suspendido⁵⁰.

La última de las revisiones sustanciales de la normativa sobre la materia, con origen otra vez en el decreto delegado, trae causa de la previsión antes citada del nuevo artículo 276 del *Codice Civile* y se encuentra en el artículo 249 del mismo marco normativo, cuyo contenido se ha modificado parcialmente y tiene por objeto determinar la legitimación del hijo para reclamar un concreto estado derivado de la filiación, precepto que tras reconocer la posibilidad de su ejercicio en supuestos excepcionales por sus herederos, integra en el ámbito de la legitimación pasiva, cuando no sea posible su planteamiento contra quienes correspondiera conforme a las circunstancias del caso, a un curador nombrado por el juez antes de que tenga lugar el juicio.

⁵⁰ Califica FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», cit., p. 14 tal cambio como muy oportuno, pues con ello «se evita lo que ocurría con la pasada regulación, pues en ausencia de herederos la acción no podía ser propuesta por falta de legitimación pasiva» tal y como indicó la *Corte de Casazione* de Italia en sus Sentencias de 3 de noviembre de 2005, núm. 21287, y 20 de marzo de 2009, núm. 80, cuyos criterios se superan con esta reforma.

V. LA CONSERVACIÓN FORMAL, QUE NO MATERIAL, DE LOS «HIJOS NO RECONOCIBLES»

Una de las particularidades propias de la regulación de la filiación en Italia era la subsistencia de concretos casos en los que no se permitía el reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio, realidad completamente diversa a la española, pues tal situación igualmente acaecida en España en el pasado está plenamente superada desde la Constitución de 1978, que estableció la obligatoriedad de la igualdad de derechos derivada de la filiación, la no discriminación por motivos de filiación y la posibilidad de la investigación de la paternidad.

La realidad actual de la normativa italiana tras la modificación de la situación de los hijos incestuosos, uno de los supuestos en los que esto ocurría, necesitaba en coherencia con la habilitación reconocida en la reforma para su reconocimiento un cambio del precepto regulador de esta materia, para su adaptación a los principios y contenidos de la *Legge* 219/2012, lo que se hace en la misma al precisar la nueva redacción del artículo 279 de su *Codice Civile* los supuestos en los que, en la actualidad, no cabe el reconocimiento de los hijos en el ordenamiento italiano, disposición que concreta en un total de cinco los casos en los que ello no puede tener lugar.

La actual redacción del citado precepto pudiera dividirse en un total de tres grupos, constituidos en primer lugar por los hijos no reconocibles en sentido estricto, en segundo lugar por los hijos no reconocibles por preclusión del plazo habilitado para ello, a los que habría de sumarse un tercer supuesto que pudiéramos calificar como hijos no reconocibles provisionalmente, pues a diferencia de los anteriores que privarían de tal posibilidad de consumarse el supuesto de hecho establecido, en todo caso, en este último grupo se habilita un posterior reconocimiento judicial de tales hijos a pesar de su, en principio, imposibilidad.

El primer grupo, que sería el más gravoso, que hemos denominado como hijos no reconocibles en sentido estricto, integra dos supuestos de hecho que van a vedar tal posibilidad en situaciones abstractas en las que previamente a ello si estará permitido el reconocimiento, pero que circunstancias sobrevenidas posteriormente lo impiden, como ocurrirá en el caso del reconocimiento de hijos mayores de catorce años cuando estos no consientan el mismo, como es necesario como se ha expuesto para que tenga lugar la eficacia pretendida por el reconocedor, así como cuando concurren actuaciones por el reconocedor de privación moral y material del

hijo que provocan la necesidad de su adopción o acogimiento preadoptivo, momento hasta el cual pudo reconocerse.

En el segundo grupo, la causa que genera que no llegue a buen puerto el reconocimiento será el transcurso del periodo temporal establecido para poder realizarlo, lo que tendrá lugar respecto a los hijos matrimoniales cuando caduque el plazo de la acción de impugnación de la paternidad a plantear por el verdadero padre biológico o en idéntica situación de impugnación del reconocimiento por otro sujeto en los extramatrimoniales.

En el tercer grupo se sitúan una serie de supuestos en los que el rechazo o la imposibilidad al reconocimiento puede ser suplido por los jueces, caso de los hijos nacidos de progenitores que no hayan cumplido los dieciséis años de edad, pues si bien en principio se impide el reconocimiento por quien se considere progenitor por ser menor de la edad requerida para ello como ya se ha expuesto, será posible llevarlo a cabo con autorización judicial, para lo cual deberán valorarse las circunstancias concretas del caso, siempre resguardando los intereses del hijo, así como cuando pretendido el reconocimiento de un hijo menor de catorce años se niegue a consentir el mismo el otro progenitor que lo hubiera realizado previamente, por lo cual igualmente el efecto en principio de negativa al reconocimiento no es absoluto, siendo este supuesto una novedad precisamente instaurada por la reforma en la nueva redacción dada al artículo 250 del *Codice Civile*.

Los supuestos de imposibilidad de reconocimiento en la literalidad de la norma, parcialmente superados con la habilitación al reconocimiento de los hijos incestuosos ya puesta de manifiesto con anterioridad, por lo expuesto, esconden bajo tan impactante título una realidad que, ciertamente, no es tan extrema, pues si bien no puede negarse la existencia a pesar de la nueva ley de supuestos en los cuales la consecuencia final podrá ser la imposibilidad del reconocimiento, sin embargo los casos en los que se produce serán todas situaciones en las que se pudo previamente reconocer al hijo pero que, por diversas circunstancias, se ha producido finalmente de forma sobrevenida a la habilitación anterior la reseñada imposibilidad, algunas de las cuales además son subsanables y no van a provocar, absolutamente, tan importante efecto, al abrirse la posibilidad de que por medio de resolución judicial el mismo se efectúe.

Esta regulación, de todos modos, ha sido objeto de cierta crítica en la doctrina por producirse los casos de imposibilidad de reconocimiento, salvo uno de ellos, precisamente el primero, por causas

ajenas al hijo⁵¹, aun cuando, de todos modos, no puede negarse el triunfo que supone que, en la actualidad, todos los hijos *a priori* pueden ser reconocidos y, por tanto, tener progenitores y familia para el Derecho, pues si ello no llega a tener lugar será por el devenir de las circunstancias que lo han impedido y no por prejuicios o decisiones apriorísticas mayoritariamente perjudiciales para los hijos, como ocurría con los hijos incestuosos anteriormente.

VI. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

1. MODIFICACIONES TERMINOLÓGICAS Y SISTEMÁTICAS

La dispersión en el *Codice Civile* de los preceptos reguladores de la patria potestad y su distinto contenido al diferir éste según cómo se determinara la filiación, ha provocado que el legislador italiano, tras la equiparación de los hijos, haya procedido dentro de la reforma legal analizada a afrontar una revisión de las diversas disposiciones que afectan a la materia, pretendiendo la unificación sistemática de su regulación en una serie de preceptos de idéntica aplicación con independencia del tipo de filiación existente⁵².

⁵¹ Así lo pone de manifiesto SESTA, «L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari», cit., p. 239 de forma muy gráfica, pues entiende que estos supuestos encierran en realidad «obstáculos que no dependen de la propia voluntad (del hijo)», lo que hace que este autor plantea una clasificación de la materia, diversa a la nuestra pero igualmente válida, por considerar que «ha de distinguirse terminológicamente para ser precisas las dos concretas situaciones realmente existentes la de los hijos irreconocibles y la del hijo que no quiere ser reconocido».

⁵² Destaca esta medida TOMMASEO, «Verso il decreto legislativo sulla filiazione: le norme processuali proposta dalla Commissione ministeriale», en *Famiglia e Diritto*, núm. 6, 2013, p. 629 al señalar que «la disciplina de las relaciones entre padres e hijos, ahora diseminada en diversos preceptos del Libro Primero del *Codice* sustancialmente, estará ahora íntegramente situada en el Título IX del mismo libro». Con ello, como precisa FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale» cit., p. 11, se logra que el régimen jurídico de «las relaciones paternofiliales esté contemplado en una disposición general que integra a todos los hijos» concluyendo BELLELLI, «I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione», en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2013/2, p. 647, que «la introducción de un nuevo artículo 315 bis, que comprende los derechos y obligaciones de los hijos, responde, no sólo a exigencias de racionalidad sistemática, sino más profundamente, a evidenciar que las relaciones de los hijos con sus progenitores constan de derechos y deberes correlativos y recíprocos. No más, por tanto, normas diversas diseminadas en el *Codice*, sino una única norma». Precisamente por ello, la Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina, de 4 de marzo de 2013, en sus Conclusiones, planteó como aspecto esencial a realizar por el decreto legislativo delegado la realización de tal tarea unificadora de las disposiciones sobre patria potestad, para huir de la dispersión existente de un modo definitivo, lo que se ha logrado con el contenido del decreto delegado de desarrollo de la *Legge* 219/2012.

El punto de partida para esta actuación es el cambio de denominación del título IX del Libro I del *Codice Civile* en el que se integra esta institución, que pasa a adoptar una denominación genérica de la realidad apuntada, al titularse sobre «la patria potestad de los progenitores y los derechos y deberes de los hijos», modificación formal a la que ha de unirse una importante reforma integral de concretos preceptos insertos en el mismo para garantizar y asegurar normativamente las pretensiones del legislador, pues además la prohibición del uso de los términos legítimos o naturales en relación a los hijos, ya puesta de manifiesto, ha motivado la existencia de una serie de consecuencias formales derivadas de ello en la regulación de esta materia, tales como la supresión de artículos que tenían por objeto precisar concretas cuestiones para los hijos hasta este momento llamados naturales⁵³ y la integración del contenido de preceptos dispersos a lo largo del *Codice* en el capítulo regulador de la patria potestad, generando tal actuación la supresión numérica de sus artículos, pero no de su contenido, pues éste ha pasado a formar parte de otros preceptos o se integra en los nuevos creados a tal fin⁵⁴.

Uno de los grandes cambios en esta materia es terminológico y su finalidad está más allá de una mera sustitución de vocablos, pues el artículo 2.1.h) de la Ley 219/2012 dispone que en el decreto delegado se ha de establecer «la noción de responsabilidad de los progenitores en ambos casos en relación con el ejercicio de la patria potestad» lo que provoca que, al haberse concretado ya este mandato de tal modo, los progenitores no ejercen potestad sobre los hijos, suprimiéndose tal noción a lo largo de los preceptos del *Codice Civile* en los que se hacía referencia a la misma en el ámbito de la patria potestad y sustituyéndola por la de responsabilidad de los progenitores⁵⁵, modificación terminológica que igualmente

⁵³ Por este motivo se deroga formal y materialmente el artículo 261 del *Codice Civile*, que regulaba los derechos y obligaciones para los progenitores derivadas del reconocimiento exclusivamente, al unificarse.

⁵⁴ El contenido vigente del artículo 316 *bis* es el que integraba el artículo 148, sobre la forma del ejercicio de la responsabilidad de los progenitores, antes potestad, igualmente en el nuevo Capítulo II sobre el ejercicio de la responsabilidad de los progenitores después de separación, nulidad o divorcio o del éxito de procedimiento relativo a hijos nacidos fuera del matrimonio, se integra en los preceptos el contenido de otros derogados conforme se cita, llevándose a cabo tal actuación en el artículo 337, que integra el contenido del derogado 155 y respectivamente igualmente el artículo 337 *quar* respecto del 155 *bis*; el artículo 337 *quinquies* del 155 *ter*; el artículo 337 *sexies* del 155 *quater*; el artículo 337 *septies* del 155 *quinquies* y el artículo 337 *octies* del derogado 155 *sexies*.

⁵⁵ Esto sucede en el *Codice Civile* en sus artículos 165 (capacidad del menor), 273 (legitimación de los progenitores para el acción judicial de declaración de filiación) 279 (obligación de mantenimiento y educación de los hijos extramatrimoniales), 297 (prestación de consentimientos en materia de adopción) 320 (regulación de la administración y representación hijos por su progenitor), 321 (nombramiento de curador especial) 322 (incumplimiento de sus obligaciones por los progenitores), 323 (actos prohibidos a los

forma parte del contenido del Anteproyecto de reforma del Código Civil español presentado por el gobierno de nuestro país en julio de 2013⁵⁶.

La causa que justifica este cambio se deriva de la evolución existente en este tipo de relaciones, que ha provocado que, en la actualidad, las mismas deban desarrollarse respetando el principio de igualdad y más allá de consideraciones de supremacía personal o derivadas de una determinada condición sexual, así como en la finalidad única pretendida con su previsión, el beneficio del desarrollo del hijo, de ahí que se considera que debe evitarse cualquier expresión terminológica contraria a ello, entendiendo que la conservación de la expresión potestad debe integrarse en tal ámbito indebido, de ahí su supresión⁵⁷.

La doctrina italiana, ante tal variación terminológica, entiende unánime y acertadamente que con la modificación efectuada se lleva a cabo un cambio en la concepción del régimen paterno-filial,

progenitores), 324 (reconocimiento de usufructo legal de los progenitores sobre bienes de los hijos sometidos a patria potestad), 327 (establecimiento de usufructo legal sobre bienes del hijo de ser sólo un progenitor el titular de la patria potestad), 330 (revocación judicial patria potestad), 332 (recuperación de la patria potestad), 337 (actuaciones de control judicial), 343 (inicio de tutela), 348 (criterios para la designación de tutor), 350 (incapacidad para ser nombrado tutor), 356 (donación o disposición testamentaria del tutor a favor del menor tutelado), 402 (poderes especiales a los centros de asistencia en materia de guarda y custodia de menores), 417 (incapacitación de menor) y 448 *bis* (extinción de la obligación de alimentos por muerte), pero además el decreto delegado eleva tal cambio al ámbito penal, tanto procesal como sustantivo, pues se dispone la sustitución de la expresión «potestad de los progenitores» por la de «responsabilidad de los progenitores» en los artículos 19. I. 6, 32.II, 34, 98.II, 111.II, 112.III, 146.II, 147.III, 564.IV, 569, 570.I, 574.I, 574 *bis*, 583 *bis*, 600 *septies.2* y 609 *nonie.1,1* del *Codice Penale*, actuación idéntica a llevar a cabo en los artículos 288 y 709 *ter* del *Codice di Procedura Penale*.

⁵⁶ La propuesta de reforma para el Código civil español, en este punto, bajo clara influencia de alguna recomendación comunitaria al respecto y de las modificaciones aquí comentadas del ordenamiento italiano, rechaza la mención de las facultades a ejercitar por los progenitores inherentes a la patria potestad como potestades, entendiendo que debe denominarse la actuación de los sujetos titulares en el artículo 156 del Código Civil como responsabilidades.

⁵⁷ BIANCA, «La legge italiana conosce solo figli», cit., p. 3, justifica tal cambio porque la nueva denominación «refleja mejor el significado de las actuaciones que competente a los progenitores. La denominación responsabilidad de los progenitores subraya de este modo que los poderes inherentes a las obligaciones de los progenitores en este ámbito se atribuyen y deben ser ejercitadas en el exclusivo interés de los hijos», en tesis igualmente expuesta por BELLELLI, «I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione», cit., p. 648, al afirmar que «la responsabilidad pone el acento directamente sobre la asunción y actuación de fines y comportamientos responsables a realizar por los progenitores en interés de los hijos». Igualmente *La Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina*, de 4 de marzo de 2013, en sintonía con lo ya expuesto, indicó en sus Conclusiones que «la superación de esta terminología trae causa de una evolución sociocultural, más que jurídica, de las relaciones entre los hijos y los padres, entendiéndose que la noción de responsabilidad de los progenitores es la que mejor define los contenidos del encargo derivado de la patria potestad a los mismos, que no se puede entender nunca más como una potestad, sino como una asunción de responsabilidad de parte de los progenitores frente al hijo». Cfr. <http://www.politichefamiglia.it/media/84314/relazione%20conclusiva%20commissione%20bianca.pdf>, p. 145.

que de estar sustentado en el dominio del progenitor sobre los hijos, pasa a configurarse sobre la base de prestaciones recíprocas desarrolladas en afectividad, lo que debe primar en el ámbito de las relaciones entre padres e hijos y cuyo fin teleológico motiva la modificación gramatical advertida⁵⁸.

2. EL ESTABLECIMIENTO DE UN PRINCIPIO GENERAL EN EL ARTÍCULO 315 DEL *CODICE CIVILE*

El primer cambio sustancial de directa aplicación desde el 1 de enero de 2013 en la regulación italiana de la patria potestad tiene lugar en el artículo 315 del *Codice Civile*, cuya anterior redacción, además de variar íntegramente, se ve incrementada con la creación de un nuevo precepto complementario, numerado como artículo 315 *bis*, por el que se concreta y detalla el contenido del artículo principal al que va unido, estando justificado este cambio sistemático por el hecho de tener la anterior redacción como único objeto la precisión de los deberes de los hijos hacia los progenitores, considerándose por el legislador que la regulación de estas relaciones entre progenitores e hijos ha de partir de un principio general con anterioridad a precisar su contenido, que será el que se instaure en el artículo 315, desarrollándose los concretos derechos y obligaciones derivados del mismo para sus integrantes en el artículo *bis* del número citado, lográndose además de este modo su unificación normativa frente a la anterior dispersión.

⁵⁸ Pues tal y como señala BONILINI, «La famiglia», cit., p. 63, «la concepción moderna de la familia pasa por la igualdad de sus integrantes: no solo de los cónyuges, sino también hacia los menores, debiéndose concebir la autoridad de los progenitores en el exclusivo sentido de salvaguarda de sus intereses». PORCELLI, «Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli», cit., p. 664, destaca esta variación terminológica pues «supera la tradicional consideración de este instituto basada en un poder sobre la prole», considerando BELLELLI, «I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione», cit., p. 650, que con ella «se supera el concepto de respeto como obediencia o, a mayor razón, la referencia a la posición subordinada del hijo bajo la potestad, para dar espacio, sobre el fundamento de un recíproco intercambio afectivo, en comparación a la persona del progenitor en su plenitud, respeto que implica ahora una actitud activa por parte del hijo; en otras palabras, el amor del progenitor sobre el hijo encuentra exacta correspondencia en el respeto del hijo hacia sus progenitores, en cuanto que es común la base afectiva creada por el vínculo de la filiación». Concluye adecuadamente GRAZIOSI, «Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario», cit., p. 264, poniendo de manifiesto que, con ello, se logra «la superación definitiva de la arcaica concepción que no veía al hijo más que como un objeto de poder de otro y sólo con deberes y no como un sujeto titular de derechos inviolables» para, tras ello y de forma especialmente gráfica, indicar que de este modo «se reconoce la degradación a puro y simple instrumento funcional del ejercicio de la responsabilidad por los progenitores, no patria potestad, como medio y fin para garantizar al hijo el crecimiento en el pleno y libre desarrollo de su propia personalidad».

Este citado principio general, que se contiene conforme a lo expuesto en la actual redacción dada al artículo 315 del *Codice Civile* tras la reforma, tiene por objeto incidir en la igualdad y equiparación de todos los hijos en las relaciones paternofiliales, al disponer explícitamente que, en este ámbito «todos los hijos tienen el mismo *status* jurídico» principio que, por tanto, no es más que una concreción para la materia de lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 74 del *Codice Civile*, que equipara en un único concepto, el de hijo, las anteriores denominaciones hijos legítimos e hijos naturales.

3. LAS OBLIGACIONES DE LOS MENORES

El siguiente paso, tras la plasmación del principio general, será la precisión del catálogo de derechos y obligaciones existentes entre progenitores y descendientes que, como se ha advertido, se lleva a cabo en el nuevo, en la numeración, artículo 315 *bis* del *Codice Civile*, pues su contenido parte de la integración, en primer lugar, de lo dispuesto en la redacción derogada del artículo 315, que establecía las obligaciones de los hijos para con sus progenitores, tras lo cual, se procede a precisar los derechos que ostentan los menores en este ámbito.

El catálogo de obligaciones de los hijos para con los padres, conforme al nuevo artículo 315 *bis* del *Codice Civile* se concreta en el debido respeto de los hijos hacia sus progenitores⁵⁹ y en el deber de contribuir, en el ámbito de sus posibilidades, al sostenimiento de la familia mientras convivan con ella⁶⁰.

Esta última obligación es la que ha suscitado más valoraciones por parte de la doctrina, por la falta de precisión de su contenido, entendiéndose, acertadamente, que debiera haberse abordado esta

⁵⁹ Advierte SCOLARO, «Il figlio, légame affettivo e légame giuridico: diritti e doveri» en *ANAF. Rivista dell'associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2013/1, p. 63, cómo «la norma no establece sanción alguna para el comportamiento irrespetuoso del hijo, pero de hecho el ordenamiento prevé la reacción donde sea evidente una falta en la relación del hijo con sus padres o la facultad de denuncia penal».

⁶⁰ Considera BIANCA, «La legge italiana conosce solo figli», cit., 2013/1, p. 3, este contenido una de las grandes novedades de la norma de reforma. BELLELLI, «I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione», cit., p. 651, justifica el porqué de esta obligación del menor para sus progenitores en la responsabilidad y colaboración recíproca, pues «si el hijo vive en la comunidad familiar, teniendo ventajas de varios tipos, debe también contribuir al mantenimiento de la misma, en relación a sus propias posibilidades, responsabilizando al hijo al que atribuye un rol activo, imponiéndole un deber de participación en los intereses de la familia, en relación a su propia capacidad», obligación que señala en p. 652 «responde plenamente a las exigencias propias del actual contexto económico-social, en el cual se asiste a la situación en la que los hijos, habiendo obtenido la mayoría de edad, permanecen en el ámbito de la familia originaria sin formar su propio núcleo familiar».

cuestión con mayor profundidad para concretar cómo ha de cumplimentarse, pues si bien es indudable que el presupuesto de hecho necesario e imprescindible para su existencia es la convivencia del menor con sus progenitores, sin embargo nada se dice sobre la edad desde la cual se genera⁶¹, ni sobre cómo ha de cumplirse, esto es patrimonial o asistencialmente⁶², ni respecto a las consecuencias posibles en caso de negativa por parte del menor obligado a ello.

4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROGENITORES

El correlativo a lo expuesto y continuación del contenido del artículo 315 *bis* del *Codice Civile* tiene por objeto establecer cuáles son las obligaciones de los progenitores respecto a los menores una vez determinada la filiación, que evidentemente han de ser cumplimentadas en interés del menor, sujeto digno de mayor protección y en cuyo beneficio se adoptan⁶³ y que, como ya se ha expuesto, deben pasar a ser denominadas responsabilidades de los progenitores en lugar de potestades.

Como cuestión previa antes de entrar a determinar en qué se concretan las responsabilidades de los padres, tarea realizada directamente por el legislador en la *Legge* 219/2012, sin embargo debe advertirse que el decreto delegado ha procedido a regular y determinar la titularidad y forma de ejercitar dicha responsabilidad, para lo cual se ha modificado sustancialmente el artículo 316 del *Codice Civile* y, menormente, el artículo 317 del mismo marco legal.

El primero de tales preceptos pasa a establecer quién es el titular de la citada obligación de los padres frente a sus hijos, que serán los esposos de nacer el hijo dentro del matrimonio, ostentándola fuera de este caso «el progenitor que haya reconocido al hijo y si es nacido fuera del matrimonio y lo reconocen los dos conjuntamente

⁶¹ La falta de referencia a la edad es puesta de manifiesto por SCOLARO, «Il figlio, légame affettivo e légame giuridico: diritti e doveri», cit., p. 64, entendiendo BELLELLI, «I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione», cit., p. 651 que pueden estar obligados a su cumplimiento tanto los mayores como los menores de edad.

⁶² Precisa BELLELLI, «I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione», cit., p. 652 que «el cumplimiento del deber de contribución puede derivar del desarrollo de una actividad laboral o también de colaboraciones domésticas o asistencias familiares. La contribución al mantenimiento de la familia debe entenderse en un sentido amplio, en relación a las necesidades familiares que pueden no ser exclusivamente materiales».

⁶³ SCOLARO, «Il figlio, légame affettivo e légame giuridico: diritti e doveri», cit., p. 62, señala que, por ello, «los deberes que los progenitores tienen en sus relaciones con sus hijos deben ser orientados a favorecer concretamente el desarrollo de su personalidad a través de la satisfacción de sus necesidades materiales, morales y afectivas, con el fin de lograr su madurez y autonomía».

ambos»⁶⁴, disponiendo que se ejercerá «de común acuerdo», si bien para ello debe tenerse en cuenta en todo caso «la capacidad, inclinaciones naturales y aspiraciones del hijo», precisándose de un modo explícito que igualmente de común acuerdo «los padres determinarán la residencia habitual del menor», contenido igualmente integrado en la propuesta de reforma del Código Civil español de julio de 2013⁶⁵, previéndose la solución en caso de conflicto por ausencia del mencionado y requerido acuerdo, pues habrá de recurrirse al juez para que resuelva el enfrentamiento que para ello «oirá a los padres, a los hijos mayores de 12 años y menores de tal edad, pero con suficiente capacidad de discernimiento, decidiendo lo que estime oportuno conforme a los intereses del hijo y de la unidad familiar».

Igualmente dentro de este ámbito de precisión de los titulares de esta responsabilidad, el decreto delegado modifica el artículo 317 del *Codice Civile*, introduciendo una precisión a su contenido al advertir que «la responsabilidad de los progenitores no cesa a consecuencia de la separación, nulidad o divorcio del matrimonio», concretando de tal modo cómo en estas situaciones especiales la crisis matrimonial no es causa de extinción de la patria potestad y, por tanto, el deber de cumplimiento de los padres de las responsabilidades que ahora se analizarán sigue vigente.

La concreción del contenido de la responsabilidad de los progenitores parte necesariamente del artículo 30 de la Constitución, que establece que los progenitores tienen la obligación de mantener, instruir y educar a sus hijos, cargas que se reflejan en el nuevo precepto creado por la *Legge* 219/2012, como no podía ser de otro modo⁶⁶, pero que no serán las únicas que se impongan, pues además de las citadas, tradicionales en la materia, se procede al esta-

⁶⁴ La previsión sobre la atribución de la guarda y custodia a un solo progenitor y la forma de determinación de su residencia era contenido del artículo 155 del *Código Civil*, que se anula, integrándose tales cuestiones en el nuevo artículo 317 *bis*.

⁶⁵ El Anteproyecto presentado por el gobierno español, plantea la modificación del primer párrafo del artículo 156 del Código Civil, planteando como nueva redacción: «el derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad y el domicilio de su empadronamiento corresponderá a los titulares de la patria potestad, con independencia de cuál sea el progenitor que ostente la guarda y custodia de los mismos», incidiéndose, por tanto, en la necesidad de acuerdo a tal fin y evitando que pueda entenderse, principalmente en los supuestos de crisis de convivencia de los progenitores, matrimonial o no, que dicha facultad le correspondería, exclusivamente, a quien ostente la guarda.

⁶⁶ Precisa SCOLARO, «Il figlio, légame affettivo e légame giuridico: diritti e doveri», cit., p. 61, sobre la base del artículo 30 de la Constitución «que es deber y derecho de los progenitores mantener, instruir y educar a los hijos, también a los nacidos fuera del matrimonio, indicando con ello claramente qué conductas deben integrar el deber de cuidado de los progenitores en las relaciones con sus hijos y también la extensión del precepto a los hijos nacidos fuera del matrimonio». En términos similares se postula GRAZIOSI, «Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunal ordinario», cit., p. 264.

blecimiento y precisión de otras nuevas merecedoras de análisis específico⁶⁷.

Los restantes supuestos se precisan mediante el reconocimiento en tal citado precepto de diversos derechos para los hijos cuyo cumplimiento será responsabilidad de los titulares de la patria potestad, estableciéndose en primer lugar el consistente en ser asistidos moralmente por sus progenitores, debiendo estos para ello respetar su capacidad, inclinación natural y aspiraciones⁶⁸.

La segunda de las nuevas responsabilidades se establece igualmente de un modo genérico, por lo que ha sido por ello objeto de críticas, no por su contenido, al reconocerse en favor de los hijos el derecho a crecer en la familia y a tener relaciones con sus parientes, concepto amplio cuya precisión se trata de establecer en el decreto delegado que desarrolla la Ley de 10 de diciembre de 2012⁶⁹.

Este reconocido derecho a relacionarse del menor con la familia se trata de desarrollar con el nuevo contenido dado por el decreto legislativo elaborado por el gobierno al artículo 317 *bis* del *Codice Civile*, relativo al ejercicio de la patria potestad de los padres sobre hijos extramatrimoniales, que se deroga, siendo sustituido por uno que pretende regular tales relaciones, novedoso en el ordenamiento italiano y que dispone que «los ascendientes tienen

⁶⁷ BELLELLI, «I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione», cit., p. 649, señala como destacado de estas innovaciones, en general, que tienen por objeto «la atención a la persona del hijo en la complejidad de su exigencia, peculiaridad y potencialidad de desarrollo».

⁶⁸ PORCELLI, «Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli», cit., p. 655, indica cómo «al tradicional mantenimiento, instrucción y educación se enuncia por vez primera el derecho del hijo a la asistencia moral de los progenitores, que deben respetar su capacidad e inclinaciones naturales, cuya importancia no puede escaparse por un matiz del lenguaje».

⁶⁹ SCOLARO, «Il figlio, légame affettivo e légame giuridico: diritti e doveri», cit., p. 63, considera que esta modificación es una de las novedades más destacadas de la reforma, afirmando GRAZIOSI, «Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario», cit., p. 264, «que el principal problema de esta norma está claramente en la referencia a la familia sin posterior especificación. Como se ha indicado, el término familia no es unívoco y está afectado enormemente por las influencias morales, culturales, ideológicas, históricas y religiosas, por lo que se puede dar una lectura plural que va más allá de la restrictiva del artículo 29 de la Constitución, que abraza también las uniones estables de hombre y mujer que eligen compartir su existencia, incluso aquellas que comprenden la unión de dos personas del mismo sexo. Con ello se pone el problema de determinar en qué familia ha de crecer el hijo», concluyendo al respecto en p. 265 que «si no se quiere traicionar el espíritu y el profundo sentido de esta importante reforma, difícilmente se podrá llegar a la conclusión que la familia a la que se refiere es la matrimonial del artículo 29 de la Constitución. Si así fuera, se establecería una disparidad entre hijos matrimoniales que tienen el derecho a crecer en familia, e hijos nacidos fuera del matrimonio que se verían privados del mismo derecho», si bien concluye con una cierta opinión al entender que «en términos bastantes más complicados y delicados se presenta la cuestión en relación a las uniones homosexuales, puesto que el tema del reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo no se ha afrontado, a ningún nivel, en nuestro ordenamiento positivo».

derecho a mantener relaciones con sus nietos menores. Si se les impide pueden recurrir al juez del lugar de residencia habitual del menor para que se adopten las medidas debidas a tal fin respetando el interés del menor», al que se le deberá dar audiencia cuando corresponda conforme al artículo 336.2, en todo caso de ser mayor de doce años, y además con menos de tal edad «si el juez entiende que el menor posee suficiente capacidad de discernimiento en relación a la actuación que se tramita judicialmente y le afecta», cumplimentando de tal modo el mandato del legislador al ejecutivo integrado en el artículo 2.1.p) de la *Legge* 219/2012, que le imponía la realización en la normas delegadas de «previsiones sobre la legitimación de los ascendientes para hacer valer el derecho de mantener relaciones significativas con sus nietos menores», tratándose con ello de lograr el desarrollo y concreción de tal derecho, ya reconocido a los ascendientes de todos modos genéricamente en el artículo 155 del *Codice Civile*, tras su modificación por la *Legge* 54/2006.

Por último ha de advertirse que, a pesar del intento de superar la dispersión normativa existente en la materia, el legislador delegado a la hora de concretar en la norma de desarrollo tal mandato ha conservado, en algún caso, la previa dispersión, si bien más formal que sustancialmente, pues pudiendo haber derogado el artículo 147 del *Codice Civile* que establecía deberes hacia los hijos matrimoniales impuestos a sus padres al estar contenidos en el nuevo artículo 315 *bis*, sin embargo lo conserva, aunque como principio general vaciándolo de dicho contenido, al precisar que los mismos se han de cumplimentarse conforme a lo dispuesto en el nuevo artículo 315 *bis*.

5. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE AUDIENCIA AL MENOR

El último de los derechos del menor en este ámbito es de gran trascendencia, pues se le reconoce el derecho tanto a los hijos menores pero mayores de 12 años, en todo caso, como a los menores de tal edad que posean suficiente capacidad de entendimiento, dato a valorar por el juez, a ser escuchados en todas las cuestiones y procedimientos que les afecten⁷⁰, aun cuando en la doctrina algún

⁷⁰ PORCELLI, «Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli», cit., p. 666, al valorar esta novedad la destaca, señalando que con ella «se supera la concepción abstracta y totalitaria de la minoría de edad y se impone al intérprete prestar una máxima atención a la peculiaridad del caso concreto». GRAZIOSI, «Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario», cit., p. 265

autor discute la bondad y utilidad de esta última medida si no va unida a una vinculación del juez a la opinión del menor⁷¹, si bien no puede negarse la importancia no sólo procesal de tal medida, sino también sustantiva, pues se dota con ello a los menores de una concreta capacidad de obrar a partir de los 12 años, tal y como ya sucede en España en el artículo 159 de nuestro Código Civil, con lo que ello puede suponer de extenderse tal criterio analógicamente a otras actuaciones de un menor.

La concreción del contenido de este derecho general para el menor, de todos modos, se delega al poder ejecutivo en el apartado *i*) del artículo 2.1 de la Ley 219/2012, al imponerse al gobierno la regulación de la «disciplina de la modalidad del ejercicio del derecho a la audiencia del menor que tenga adecuada capacidad de discernimiento», abordada en el decreto delegado aprobado el 12 de julio de 2013 y por el que se procede a la precisión de su ejercicio y a su explícito reconocimiento en diversos preceptos sobre la patria potestad.

El contenido del derecho de audiencia consagrado por el legislador en el artículo 315 *bis* del *Codice Civile* se precisa con la nueva redacción dada al artículo 336 del mismo texto legal, así como por creación de un nuevo artículo 336 *bis* que lo desarrolla, tarea llevada a cabo por el gobierno en el decreto delegado.

La actuación judicial para cumplimentar tal derecho se iniciará antes de efectivamente oír su opinión, pues se le impone al juez la obligación de informar al menor de los efectos de su actuación y de la naturaleza del procedimiento, estando dirigido el acto de audiencia al menor por el juez, al que la norma faculta a valerse para ello de expertos u otros auxiliares, reconociéndosele habilitación para participar en el mismo, si son parte del procedimiento que motiva

precisa además que con el reconocimiento de tal derecho a los menores «se enuncia por primera vez en nuestro ordenamiento, de forma directa, el derecho del hijo menor a ser escuchado y sentido en los procesos que le afectan (...) se trata de una innovación de no poco calado, porque la configuración de la audiencia judicial a los menores como un verdadero derechos subjetivo de los mismos y no como una simple derivación de un deber procesal del juez, implica que el plano de la tutela jurídica ha sobrepasado el ámbito procesal y constituye un derecho inviolable del menor», entendiéndose DE FILIPIS, «La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura», cit., p. 295, que con esta previsión «se supera la época en la que oír al menor se consideraba una violación de su derecho a la inocencia o que debía estar fuera del mundo de los adultos, y afortunadamente se sostiene la idea que debe ser, con todas las debidas cautelas y adaptaciones a la situación psicológica del menor, para ser considerado y respetado como una persona». A pesar de la postura favorable sin restricciones a favor del reconocimiento de este derecho, DOGLIOTTI, «Nuova filiazione: la delega al governo», cit., p. 285 advierte que «nada dice el artículo sobre las características, modalidades y el contenido de la audiencia al menor» tras lo cual procede a indicar cómo entiende que ha de desarrollarse procedimentalmente la misma.

⁷¹ Tal y como señala PALAZZO, «La riforma dello status di filiazione», cit., p. 261, al criticar que «el nuevo sistema no prevé que la escucha del menor, en la práctica filtrada por la intervención de un psicólogo infantil, vincule al juez».

la audiencia del menor, a sus padres, curador o defensor especial del menor, que podrán proponer pruebas y actuaciones, si bien sólo antes del inicio de la audiencia, debiendo quedar constancia del desarrollo de este trámite y de lo manifestado por el menor, ya por escrito, ya por grabación en video.

Este derecho de audiencia del menor, de todos modos, no se configura como absoluto, pues se establecen excepciones que facultan al juez a no cumplimentarlo y, por tanto, tomar la decisión que estime procedente sin escucharlo, si bien se limita tal posibilidad a la concurrencia de un perjuicio para los intereses del menor de llevarse a cabo la audiencia o, en segundo lugar, para el caso de considerarse superflua su realización para la decisión judicial a adoptar.

El reconocimiento de la audiencia del menor se pone de manifiesto, igualmente, en concretas cuestiones de la materia modificadas para adecuarlas a su contenido, tales como el derecho a relacionarse con sus ascendientes (artículo 317 *bis*), la elección de la persona o personas que ostenten su tutela en ausencia de patria potestad (artículo 348) y la adopción de medidas judiciales en tutela de los menores relativas a la administración de sus bienes o su educación (artículo 371).

VII. MODIFICACIONES SOBRE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

El último precepto explícitamente reformado por la *Legge* de 10 de diciembre de 2012 afecta a la regulación del derecho de alimentos entre parientes, si bien la variación llevada a cabo no incide en el contenido obligacional de tal derecho, sino en la precisión de sus causas de extinción, que en la redacción del artículo 448 del *Codice Civile*, que ahora se modifica, estaba unida a la muerte del obligado a su pago.

Este precepto, tras la reforma, se mantiene en tales términos, pero igual que ocurría en relación con el artículo 315 y su incidencia en la patria potestad, se crea un nuevo supuesto de extinción de tal obligación que se articula como artículo 448 *bis*, por el que se procede a precisar una específica causa de extinción de la obligación de alimentos para cuando el obligado a su pago sea un hijo, incluidos los adoptivos, y a favor de alguno de sus progenitores, así como de sus descendientes más próximos, indicándose explícitamente que no estarán obligados al cumplimiento de tal mandato

cuando se produzca la remoción de la patria potestad de algún progenitor.

Esta nueva previsión, que pudiera parecer lógica si la causa que la motivó es la desatención intencionada hacia el menor, ya sea por incumplimiento de las obligaciones personales o patrimoniales, se pone en tela de juicio por parte de la doctrina precisamente por su falta de concreción, por la complejidad procesal para la privación de la patria potestad principalmente por el tiempo necesario para la producción del supuesto de hecho que provocaría la extinción de esta obligación y por obviar que tal hecho puede ser debido a circunstancias no queridas, ni provocadas, por el progenitor⁷².

La regulación del derecho de alimentos ha sido, además, levemente modificada por el decreto delegado para su adecuación a los nuevos principios rectores de la materia, para lo cual se determina en el artículo 433 los sujetos obligados a cumplimentar esta obligación, procediéndose para ello a no establecer particularidad alguna en el lugar que ocupan los hijos y padres al respecto, para lo cual recayendo como antes de la reforma en el orden jerárquico establecido la primacía de tal deber en el cónyuge, se modifican los dos siguientes obligados, para precisar que lo serán en segundo lugar los hijos, también los adoptivos y, en su ausencia, los descendientes más próximos, tras lo cual se posiciona a los padres y, en su ausencia, a los ascendientes más próximos y los adoptantes, conservando el resto de obligados idéntico orden.

Por último advertir que, si bien la obligación de alimentos de los padres en relación a los hijos estaba expresamente regulada en el artículo 148 del *Codice Civile* para los denominados hasta la reforma legítimos, se han modificado las previsiones que en el tal precepto se establecían, para indicar que la misma se cumplimentará conforme a los principios establecidos en el artículo 316 *bis* de dicho marco normativo, precisamente el que dispone cómo se ha de ejercitar la responsabilidad de los progenitores, antes denominada potestad, en el ejercicio de la patria potestad.

⁷² Por ello DE FILIPIS, «La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura», cit., p. 295, señala como dato positivo que la reforma pretende «asegurar una mayor protección para el menor. Agravando las sanciones por el comportamiento de los progenitores, se tiende a aumentar el efecto disuasorio y, así pues, a prevenir la conducta dañosa», sin embargo en pp. 295 y 296 duda que la efectuada vaya a tener excesiva eficacia, pues se requiere resolución judicial, en vez de destinarse a la época anterior al pronunciamiento de los Tribunales, criticándola además por argumentos de fondo y mostrándose contrario a ella pues «la privación de la patria potestad no debe considerarse como una sanción para el progenitor, sino como un remedio para la situación de los hijos, así pues puede ser pronunciada también en ausencia de comportamiento culpable, cuando haya hechos objetivamente relevantes para ello».

VIII. INCIDENCIA DE LA REFORMA EN EL DERECHO SUCESORIO Y LAS DONACIONES

La modificación de las relaciones de parentesco y la extensión del concepto de familia más allá de la matrimonial tras la reforma comentada, provoca que no pueda negarse que la misma tendrá una especial afección en otra rama del Derecho civil especialmente vinculada al Derecho de familia, cual es el Derecho de sucesiones, aun cuando materialmente no se haya abordado modificación directa sobre esta materia por el texto de la Legge 219/ 2012.

El legislador de la reforma, de todos modos, no desconoce la influencia que genera en el derecho sucesorio tal realidad, pues ciertamente no es ajeno a la misma y, aunque en las modificaciones directas de preceptos concretos del *Codice Civile* nada altera en cuanto a la redacción de los directamente reguladores de la sucesión *mortis causa*, sin embargo y consciente de ello, dentro de las materias entre las que se habilita al gobierno para adaptar la normativa y adecuarla al nuevo régimen del parentesco y la familia contenidas en el artículo 2 de la Legge 219/2012 integra «la adecuación de la disciplina de las sucesiones y las donaciones al principio de unidad de estado de los hijos, previendo también en relación a los procedimientos judiciales pendientes una disciplina que asegure la producción de los efectos sucesorios sobre los parientes también para los sucesores del hijo natural premuerto o que murió pendiente el reconocimiento y, consecuentemente, la extensión de las acciones de petición reguladas en los artículos 533 y siguientes del *Codice Civile*»⁷³.

El decreto delegado, dada la igualdad que ha de regir la previsión de derechos sobre los hijos, así como su integración en la familia de los progenitores en la filiación no matrimonial, ha procedido a reformar diversos preceptos del *Codice Civile* en esta materia, principalmente en el ámbito de la sucesión forzosa y de la sucesión intestada.

El inicio de la actuación afecta a las previsiones sobre los derechos de los legitimarios y, para ello, lo primero que ha llevado a cabo la norma de desarrollo ha sido la supresión de las excepciones existentes a tal fin por el hecho de ser hijo natural o adoptivo y

⁷³ Señala SESTA, «L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari», *op. cit.*, p. 241 que el fin a conseguir con ello será «a) eliminar, en un plano tanto terminológico como sustancial, las diferencias que existan en el tratamiento sucesorio de los hijos y b) establecer, sobre la base de la retroactividad de los efectos de la determinación de la filiación al momento del nacimiento, que los hijos puedan interponer la acción de petición de la herencia sobre las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la reforma».

determinar que los beneficiarios de la sucesión forzosa serán el cónyuge, los hijos y los ascendientes, lo que se efectúa con la nueva redacción dada al artículo 536 del *Codice Civile*, lo que provoca la modificación del artículo 537, relativo a la cuota legitimaria de los hijos, quedando sin efecto la diferencia anterior entre los mismos según su filiación, por lo que tal cuota, con independencia de la filiación, de ser a favor de un único hijo recaerá sobre la mitad del patrimonio del causante y sobre los dos tercios de éste, a repartir a partes iguales, de concurrir en tal condición dos o más hijos.

El decreto delegado, además, dentro del ámbito de los derechos sucesorios forzosos igualmente ha modificado el artículo 538 del *Codice Civile*, que determina la cuota forzosa correspondiente, en su caso, a los ascendientes, que será idéntica en relación con sus hijos, al suprimirse la referencia entre legítimo o natural antes existente, llevándose a cabo igualmente una modificación formal en los artículos 542, regulador de la situación de concurrencia de hijos y el cónyuge como legitimarios, y 544, que hace lo propio cuando comparten esta posición de herederos forzosos ascendientes y el cónyuge, ambos del *Codice Civile*.

La regulación de la sucesión intestada también ha sido objeto de modificación en el decreto delegado, si bien ello trae causa no sólo por coherencia con los principios de la reforma, lo que provoca la supresión de los términos legítimo o naturales de los hijos⁷⁴, sino también por haberse aprovechado la reforma para variar cuestiones que se entendían debían ser modificadas.

Estos cambios por criterios de oportunidad tienen lugar al regular el plazo para la aceptación de la herencia que, a diferencia del vacío legal en España, en Italia ya estaba determinado en 10 años, habiendo precisado la nueva redacción dada al artículo 480 del *Codice Civile* el *dies a quo* de inicio de su cómputo para el supuesto de determinación judicial de la filiación, que tendrá lugar desde la resolución que la establece, señalándose igualmente en materia de administración de la herencia que si el llamado es un *nasciturus* ésta corresponde conjuntamente a los progenitores, superándose el discriminatorio criterio anterior que la otorgaba, en exclusiva, al padre y sólo, en su ausencia, a la madre.

La ausencia de expresa manifestación sobre la eficacia de la norma de un modo retroactivo en las disposiciones sucesorias del

⁷⁴ En la sucesión intestada se lleva a cabo esta tarea en los 565, 566 y 567 del *Codice Civile*, anulándose además por falta de objeto los artículos 578 y 579 del mismo texto legal, pues regulaban la sucesión intestada del hijo natural. Fuera de este ámbito, igualmente, se realizan modificaciones terminológicas como las citas en los artículos 580 y 584 en relación a la pensión vitalicia de los hijos no reconocibles naturales, que ahora será de los nacidos fuera del matrimonio, y en el artículo 737, que al abordar el régimen de la colación suprime las referencias «natural» y «legítimo» en relación a los hijos.

Codice Civile, pues al no variarse directamente por la Ley su contenido y depender, por tanto, su entrada en vigor de las variaciones del decreto delegado, provocó la discusión sobre su posible aplicación antes de tal momento, defendiéndose en la doctrina italiana que no era necesaria decisión alguna de carácter expreso posterior para la inmediata aplicación de los efectos igualitarios establecidos entre las posiciones jurídicas de los hijos⁷⁵, criterio que parece consagrarse en el contenido del decreto delegado, al dotarse un efecto retroactivo a la modificación al reconocerse legitimación para el ejercicio de la acción de petición de la herencia a quienes, antes de la entrada en vigor de la ley de reforma, conforme a la modificación del artículo 74 del *Codice Civile* y de las restantes normas modificadas sobre la materia por el decreto delegado, tengan título para solicitar el reconocimiento de su condición de heredero, precisándose igualmente cómo tal efecto retroactivo se aplica en relación a los descendientes de los hijos nacidos fuera del matrimonio fallecidos antes de la entrada en vigor de la *Legge* 219/2012, consecuencias retroactivas que traen causa del artículo 103 del decreto delegado (disposición transitoria).

La última parte de este trabajo ha de versar sobre las modificaciones efectuadas en el decreto delegado en el ámbito de la donación, afectantes a la revocación por causa de la existencia de hijos sobrevenidos.

Esta tarea se lleva a cabo, en primer lugar, modificando el contenido del artículo que preveía tal supuesto, el 803 del *Codice Civile*, para establecer su nuevo régimen por el cual las donaciones hechas por quien no sabía o ignoraba tener hijos o descendientes al tiempo de la donación, podrán ser revocadas por la existencia de un hijo descendiente sobrevenido del donante, precisando que además se puede revocar, tanto por la existencia de reconocimiento de un hijo con posterioridad, salvo que se pruebe que al tiempo de la

⁷⁵ Así lo señala FERRANDO, «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», cit., p. 10, afirmando para ello que dada la modificación terminológica respecto a la palabra hijo, punto de partida de la reforma, «si se prueba a leer las disposiciones sucesorias sustituyendo las palabras hijos legítimos e hijos naturales por la palabra hijo, resulta un texto que ha de ser interpretado con el espíritu de la ley de reforma y la Constitución. En la perspectiva de la unidad del estado de hijo, pienso que no hay razones suficientes para excluir que la vocación legítima pertenece ahora a todos los hijos, todos los hermanos, todos los parientes, sin ulterior distinción». Igualmente afirma BIANCA, «La legge italiana conosce solo figli», cit., p. 2 que «las normas sobre sucesión legítima se aplicarán indistintamente a todos los parientes prescindiéndose de la existencia de vínculo conyugal entre los progenitores del hijo heredero». Por ello DE FILIPIS, «La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura», cit., p. 293, al considerar la incidencia sucesoria una extensión de la nueva redacción del artículo 74, entiende que «interpretado unitariamente el artículo 74, inmediatamente ha de acudir al sistema sucesorio, determinando la derogación implícita de algunos artículos y la modificación de otros, relativos a las relaciones entre padres y parientes (ex) naturales».

donación tenía noticias de la existencia del hijo, como si el hijo estaba ya concebido al tiempo de la donación.

El siguiente artículo, el 804 del mismo cuerpo normativo, procede a determinar el plazo para efectuar dicha revocación, estableciéndose en 5 años a contar desde el día de nacimiento del último hijo nacido del matrimonio o descendiente legítimo, o de la noticia de la existencia del hijo o descendiente o del reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ASPREA, Saverio: *La famiglia di fatto*, 2.^a ed., Giuffré, Milán, 2009.
- BELLELLI, Andrea: «I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione», en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2013/2, pp. 645 y ss.
- BIANCA, Cessare Massimo: «La legge italiana conosce solo figli», en *Rivista di Diritto Civile*, 2013/1, pp. 1 y ss.
- BONILINI, Giovanni: «La famiglia», en *Diritto Civile*, Lipare y Rescigno (Dirs.), t. II, Vol. I, Giuffré, Milán, 2009, pp. 59 y ss.
- BUSNELLI, Francesco: «Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto», en *Famiglia di fatto*, Pontremoli, 1977.
- CARBONE, Vincenzo: «Riforma della famiglia: considerazioni introduttive», en *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2013, pp. 225 y ss.
- CICU, Antonio: «La filiazione», en *Tratado de Diritto Civile*, Vassalli (dir.), Giuffré, Milán, 1969, pp. 9 y ss.
- DANOVI, Filippo: «I procedimenti de potestate dopo la riforma, tra tribunale ordinario e giudice minorile», *Famiglia e Diritto*, núm. 6, 2013, pp. 619 y ss.
- DE FILIPIS, Bruno: «La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura», en *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2013, pp. 291 y ss.
- DOGLIOTTI, Massimo: «Nuova filiazione: la delega al governo», en *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2013, pp. 279 y ss.
- FERRANDO, Gilda: «Matrimonio e famiglia», en *Trattato di Diritto di Famiglia*, Vol. I, t. I., Giuffré, Milán, 2011, pp. 281 y ss.
- «La riforma della filiazione. Il punto su principi e regole di diritto sostanziale», en *ANAF. Rivista dell'associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2013/1, pp. 6 y ss.
- FIGONE, Alberto: «Inserimento del minore in famiglia omosessuale. Nota a Sentenza della Cass. 11 Gennaio 2013, núm. 601», en *ANAF. Rivista dell'associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2013/1, pp. 39 y ss.
- GIACOBBE, Emanuelle: «Il matrimonio e la famiglia», en *Trattato di Diritto Civile*, Vol. I, t. I., Sacco (Dir.), UTET, Milán, 2011, pp. 1 y ss.
- GRAZIOSI, Andrea: «'E figlio so' ffiglie, e so' tutt'eguale!» Prime notazioni a margine della L. n. 219/2012», en *ANAF. Rivista dell'associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2013/1, pp. 65 y ss.
- «Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunal ordinario», en *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2013, pp. 263 y ss.

- MORANI, Giovanni: «L'equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi: prime riflessioni sulla Legge 10 dicembre 2012 N. 219», in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2013/2, pp. 746 y ss.
- PALAZZO, Antonio: «La riforma dello status di filiazione», in *Rivista di Diritto Civile*, 2013/2, pp. 245 y ss.
- PORCELLI, María: «La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo», in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2012/4, pp. 1752 y ss.
— «Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli», in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2013/2, pp. 654 y ss.
- ROMA, Umberto: «Prime, sommarie osservazioni sulla L. 10 dicembre 2012, N. 219», in *ANAF. Rivista dell'associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2013/1, pp. 29 y ss.
- RUSCELLO, Francesco: «Quando il pregiudizio...é nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale», in *Famiglia e Diritto*, núm. 6, 2013, pp. 572 y ss.
- SALVI, Cesare: «Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008», in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2008, pp. 559 y ss.
- SANTORO-Passarelli, Francesco: «Parentela naturale, famiglia e successione», in *Rivista trimestrale di procedura civile*, 1981.
- SESTA, Michele: *Codice di famiglia*, Sesta (dir.), Giuffrè, Milán, 2009.
— «L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari», in *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2013, pp. 231 y ss.
- SCOLARO, Antonina: «Il figlio, legame affettivo e legame giuridico: diritti e doveri», in *ANAF. Rivista dell'associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2013/1, pp. 60 y ss.
- TOMMASEO, Ferruccio: «La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali», in *Famiglia e diritto*, núm. 3, 2013, pp. 251 y ss.
— «Verso il decreto legislativo sulla filiazione: le norme processuali proposta dalla Commissione ministeriale», *Famiglia e Diritto*, núm. 6, 2013, pp. 629 y ss.
- VEZZOSI, Andrea: «Prime riflessioni sulla modifica introdotta dalla L.N. 219/2012 al procedimento civile in materia di affidamento e mantenimento dei figli naturali», in *ANAF. Rivista dell'associazione italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*, 2013/1, pp. 80 y ss.
- WINKLER, Matteo: «La cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso», in *Giurisprudenza Italiana*, 2013/5, pp. 1038 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

Libros *

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.): *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2013, 1492 pp.

Hacía tiempo que se iba dejando sentir la necesidad de unos comentarios a la Ley hipotecaria. En realidad, una vez aparecidos éstos dirigidos por Andrés Domínguez Luelmo, más llama la atención que, con la profusión de comentarios a diversas leyes aparecidos en los últimos años, la Ley hipotecaria hubiese quedado orillada en estos trabajos. Porque se trata en efecto de uno de los textos legales de más importancia en el panorama sustantivo civil –en el que una valoración realista debe apartarse del formalismo propiciado por la pirámide normativa kelseniana–, y sin embargo, más allá de los comentarios interrumpidos en la serie «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales», no existía hasta ahora un análisis exegético completo de la norma.

La obra colectiva viene, pues, a colmar una llamativa laguna de la literatura jurídica española, y ya sólo por esto debiera ser bienvenida. Pero, además, lo hace con criterio y solvencia, tanto en lo formal como en el contenido. En los aspectos más externos conviene destacar la cuidada presentación dispuesta por la editorial, en un extenso tomo único, culminado con la bibliografía y un útil índice analítico. También parece acertada la disposición externa de los comentarios a cada artículo, divididos internamente en epígrafes, y apoyados tanto en Sentencias y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado como en referencias a la doctrina científica. En ese sentido, los comentarios resultan un acertado punto de encuentro entre la práctica de los tribunales y de la jurisprudencia cautelar y el análisis académico –reflejando así, al paso, el diverso origen de los autores de los comentarios, procedentes tanto de la Universidad como de la Notaría y el Registro–.

Pero, más allá de esos aspectos formales, o de propia concepción de los comentarios, es el contenido de éstos el que resulta de particular valía. Lógicamente, como no puede ser de otra manera, el lector no se encontrará de acuerdo con todos los puntos de vista allí expresados, precisamente porque los autores no eluden tomar postura ante los diversos problemas. Pero la toma de posición que se realiza se halla siempre razonada y, cuanto menos, carente de contradicciones internas –tan común, por desgracia, en las obras colectivas–, en cuanto que las series de artículos más estrechamente enlazados ha sido comentada por el mismo autor (así, por ejemplo, 32-34-37-69; 35-36; 199-206).

No es este el lugar, como bien puede entenderse, para hacer una exposición detallada de las opiniones vertidas en la obra. Pero sí me permitiré

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

hacer un breve espiguelo de entre algunos de los artículos fundamentales, pues la realidad es que la calidad del trabajo invita al lector a entrar en diálogo con los propios autores. Y así, pese a ser coherente con la doctrina mayoritaria española, reconozco no compartir las razones que llevan a sostener la doctrina del *numerus apertus* a la hora de constituir nuevos derechos reales por voluntad de los particulares: a mi juicio, el hecho de que la relación recogida en el artículo 2.2 de la Ley hipotecaria quede abierta no tiene que ver con la posibilidad de que las partes creen otros nuevos, sino con la necesidad de permitir que el legislador, que es quien puede hacerlo, dote de carácter real a nuevas figuras; mientras que la mención del 7 del Reglamento tampoco puede ser determinante, pues la atipicidad no la refiere a los derechos, sino a los contratos que los crean. En cambio, comparto plenamente con el comentarista la idea de que la inscripción excepcional de ciertos derechos obligacionales –arrendamiento, opción, retorno del arrendatario donde esté vigente– no transforma su naturaleza, sino que extiende a estas figuras la protección derivada del Registro.

La clásica polémica entre dualismo y monismo la aborda el propio director de la obra en los comentarios a los artículos 32 y 34. Con matizada posición, y siguiendo a Díez-Picazo, se inclina por la primera postura, rechazando que la adquisición onerosa y de inscrito formen parte de los requisitos exigibles al tercero protegido por el artículo 32. La argumentación está, ciertamente, bien llevada y la diversidad de puntos de vista bien recogida, por más que creo que siguen quedando en pie los argumentos más fuertes de la interpretación monista –el propio artículo 69, en cuanto a la necesidad de adquirir de inscrito, y el menor valor, en el Derecho español, de las adquisiciones a título gratuito, expresada en el artículo 1297 del Código civil y en la regla *potior est qui certat de damno evitando quam qui de lucro captando*–.

En fin, cada comentario brinda pie a nuevas reflexiones, y así se podría hablar igualmente, por citar otros muchos temas, del artículo 35, y de la sustitución del justo título de la usucapión por la inscripción, en una materia en la que creo que Morales Moreno argumentó hace años con mejores razones. O de los problemas interpretativos que abre la nueva redacción del artículo 149, en la que algunos autores han querido ver la admisión de una garantía autónoma. Y de la discutida interpretación del concepto de documento fehaciente a efectos del artículo 205. En estos y en muchos otros temas el lector y el especialista encontrará siempre razón fundada y argumentada del punto de vista del comentarista, así como exposición sucinta de las posiciones rechazadas.

Lógicamente, no puede ser de otra manera, dada la extensión y amplitud de la obra, hay comentarios de artículos que tal vez resultan más expuestos a la crítica. Así, el comentario del artículo 36 no ahonda quizá en algunas de las perspectivas que encierra el artículo y que puso de manifiesto José María Miquel en un trabajo publicado en el primer número de la Revista de Derecho Patrimonial. Lo mismo que el lector tiene la sensación de que el comentario al artículo 144 no afronta todos los retos que para la accesoriidad de las garantías supone esa norma, que da pie a que una hipoteca extinguida cobré nueva vida a través del Registro. E igualmente se hubiese agradecido una argumentación más amplia para desactivar la latente amenaza que para el sistema registral esconde el artículo 319 de la propia Ley. Pero se trata siempre de cuestiones menores, a veces incluso cuestio-

nes de gustos, que no desmerecen la calidad de la obra. Y es que el libro, en conjunto, presenta un perfecto punto de apoyo para cualquiera que quiera profundizar en nuestro sistema hipotecario.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier/MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus-Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, ed. Civitas, Pamplona, 2013, 342 pp.

No es fácil que en una obra coincidan oportunidad y profundidad. Hay autores que, con gran sentido de la oportunidad, hacen surgir sus obras en el momento preciso. No suelen ser obras sólidas. Las que lo son, como la que han escrito los profesores Orduña Moreno y Martínez Velencoso sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, con frecuencia ven la luz cuando su ocasión ya ha pasado. No ha sido el caso de la que presentamos aquí: si el presupuesto de la cláusula *rebus* es que las cosas han de torcerse, y mucho (especialmente en lo económico), para que se abra alguna posibilidad de revisión a los contratos desequilibrados, la obra de la que hablamos llega precisamente en un tiempo, no concluido todavía, de gran quebranto económico, al que llamamos, sin adjetivos (aunque los tiene), «la crisis».

Llegó la crisis hace ya siete años, y sorprendió a todos. ¿Quién estaba preparado entonces? ¿Lo estaba el sistema económico? ¿Lo estaban las instituciones financieras y regulatorias? ¿Lo estaba el Derecho? A la vista del número de normas producidas en materia de protección del deudor hipotecario y de las que todavía podrían venir (relativas al *fresh start*, por ejemplo), habría que afirmar que no. Lo cierto, sin embargo, es que, cuando la crisis se produjo, el Derecho civil no estaba completamente desarmado. Contaba, ni más ni menos, que con el principio de la buena fe, con el del *favor debitoris* y con la vieja institución que es objeto de estudio en este libro: la cláusula *rebus sic stantibus*. Otra cosa es que esas armas fueran entonces, o hayan sido después, suficientemente empleadas.

Por lo que respecta a la cláusula *rebus*, no codificada en España, aunque admitida por explícita, pero tímida, jurisprudencia, como estipulación tácita, implícita o sobreentendida en todos los contratos de larga duración, necesitaba de nueva formulación para que pudiera resultar, con crisis o sin ella, un remedio eficaz a la injusticia que puede ocasionar el cumplimiento de un contrato cuyo equilibrio ha quedado trastocado por la superveniencia de circunstancias imprevisibles. A esa nueva formulación y redefinición de los fundamentos, requisitos y efectos de la figura ha venido a contribuir decisiva y oportunamente esta obra.

Los dos profesores que han tenido el acierto de publicar este libro, son autores familiarizados con la materia. Martínez Velencoso es autora de dos

trabajos importantes: «La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia española» (*Rev. Derecho patrim.*, 11, 2003, pp. 369-384) y «La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el 313 BGB» (RCDI, 681, 2004, pp. 283-330). Por su parte, el profesor Orduña Moreno ha sido ponente en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 julio 2012, 20 noviembre 2012 y 11 abril 2013, y especialmente, de las de 8 y 14 noviembre 2012, especialmente relacionadas con la crisis.

Obra en colaboración, el libro comienza con cuatro capítulos redactados por Martínez Velencoso. En el primero de ellos da cuenta de todas las teorías que, con una u otra denominación, con uno u otro origen y alcance, persiguen idéntico fin que la cláusula *rebus sic stantibus* (doctrinas de la pérdida de la base del negocio, de la frustración del contrato, de la imprevisión y de la excesiva onerosidad sobrevenida), al tiempo que analiza las expresiones legales de tales doctrinas en los países cuyo Derecho las ha explicitado, entre los que no se encuentra España, ni Francia, ni Suiza. Analiza igualmente la autora las modernas formulaciones de la cláusula contenidas en los principios UNIDROIT, en los PECL, en el DCFR y en el CESL. Seguidamente, y en otro capítulo (el II), estudia con detenimiento la configuración española de la cláusula *rebus*; básicamente, jurisprudencial.

En el capítulo III, la profesora Martínez Velencoso traza los límites, a veces borrosos, entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad (también sobrevenida), y, en el capítulo IV, analiza las posibles consecuencias de ésta, es decir, la resolución, rescisión o extinción del contrato, o su modificación (con el margen que ello concede a la intervención judicial) o la renegociación del mismo por las partes.

El interesantísimo último capítulo (el V), de la pluma del profesor Orduña, se dedica a revisar la configuración que, conforme a lo tratado en los capítulos precedentes, resulta de la cláusula, y a reconstruirla a la luz de la más reciente jurisprudencia que, coetánea a la crisis económica, ha inaugurado una concepción no excepcional de la figura. La misma crisis que, sin constituir por sí sola el fundamento de aplicación de la cláusula, puede sin embargo ser determinante del cambio de circunstancias (la imposibilidad de obtener financiación, por ejemplo) que, alterando las bases de un contrato (la compraventa de vivienda a promotor que ha programado de una u otra manera la financiación), produzca una excesiva onerosidad en su cumplimiento (el imprevisto pago inmediato e íntegro del precio). ¿Pero qué es la crisis económica? El autor procede a tipificarla, a hacerla reconocible, a fin de facilitar la posible aplicación de la cláusula. Consigue con ello que la obra, además del alcance teórico, tenga un indudable interés práctico.

Tras la bibliografía, se incluye un índice analítico de sentencias, que permite, en una rápida ojeada, localizar las cuestiones y aspectos relevantes de las resoluciones de nuestro Alto Tribunal relativas al objeto de estudio.

Todo lo que podía decirse de una doctrina no codificada y, por tanto, de difícil precisión, ha quedado dicho en las páginas de este libro. Andando el tiempo, la «invisible» cláusula *rebus* podría tomar cuerpo en una determinada fórmula legal [ya ocurrió en Alemania en 2002 con la *Geschäftsgrundlage* en el BGB (§ 313) y, antes, en Holanda (en 1992) y en Italia (1942), con la «excesiva onerosidad sobrevenida»], como es la que contiene el artículo 1213 del Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de

Obligaciones y Contratos. Llegado ese momento los autores Orduña Moreno y Martínez Velencoso deberían volver a ilustrarnos con otro trabajo tan claro y útil como éste.

Alvaro NÚÑEZ IGLESIAS
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Almería

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Representación sin poder y ratificación*, ed. Civitas (Thomson Reuters), Pamplona, 2013, 747 pp.

1. **Antecedentes.** Entre los especialistas en el instituto de la representación, un nombre de obligada mención es el del autor de esta obra. El Profesor RIVERO se ha ocupado de investigar la representación sin poder y la ratificación desde hace más de 30 años. Me permito recordar aquí algunas de sus más significativas publicaciones en este ámbito: en el año 1976 escribió dos aportaciones, una de ellas sobre la naturaleza y situación del contrato del *falsus procurator* (ADC, 1976, pp. 1047 y ss.) y otra sobre la voluntad negocial y la representación, en la que prestaba especial atención a la participación de representante y representado en el negocio representativo (*Libro Homenaje a Roca Sastre, T.II*, 1976, pp. 229 y ss.); en la década de los 2000 vuelve a retomar el tema, con «El desistimiento unilateral del tercero en el contrato del representante sin poder» (*Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T. II*, 2003, pp. 2899 y ss.), y «Responsabilidad del *falsus procurator* por no ratificación del contrato celebrado sin poder» (en ADC, 2006-III, p. 989 y ss.); recientemente, en el año 2012, publica «Las «instrucciones del mandante» y su relevancia en el negocio representativo» (*Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor J. J. Rams Albesa*, 2012, pp. 689 y ss.). Añádase a todo lo anterior que el Profesor Rivero se ha ocupado del capítulo de la representación en uno de los manuales de referencia de las Facultades de Derecho españolas (LACRUZ BERDEJO y otros: *Elementos de Derecho civil*, T. I. v. 3.º Barcelona, 1990).

En el prefacio (pp. 29 a 31) el autor explica las diversas razones que le han conducido a regresar a la institución que da título a la obra que se reseña en estas líneas. De entre todas ellas, destacaré aquí las que, a mi modo de ver, justifican, por sí solas, la monografía: por un lado, los nuevos planteamientos y revisiones de la ciencia jurídica en el ámbito de la representación, que han evolucionado desde un planteamiento fuertemente dogmático hacia una «[...] *visión más exegética y menos dogmática, y un cierto realismo jurídico* [...]» (p. 29); y, por otro lado, el cambio en la realidad socio económica del siglo XXI, plasmado, en el ámbito de la representación sin poder, en el amplio uso que se hace de esta institución, que «*Ha pasado de ser una forma patológica de la contratación a una praxis y tipología específica de contratar; al tiempo que una muestra más de las nuevas formas de contratación de las últimas décadas, exponente no menos relevante sociológica y jurídicamente en la evolución moderna del Derecho Patrimonial*» (p. 38). Razones, las

mencionadas, cuyo denominador común es el cambio: de la perspectiva adoptada por la ciencia jurídica al estudiar la representación sin poder, y de la realidad socioeconómica en la que opera la mentada figura.

2. **Metodología.** Impecable es el adjetivo que justamente debe calificar la metodología empleada por el autor al abordar las múltiples cuestiones que encierran la representación sin poder y la ratificación. Sin perjuicio de las particularidades concretas de cada capítulo o tema tratado, la metodología empleada puede sintetizarse del siguiente modo.

En primer lugar, el profesor Rivero afronta el concepto concreto estudiado, diferenciándolo de figuras similares, y delimitando el supuesto de hecho concreto al que hace referencia. Debido a esta labor de delimitación, el autor se va encontrando por su camino con distintas figuras jurídicas próximas, pero distintas, a los diversos conceptos o supuestos implicados en la representación sin poder y la ratificación. El autor opta por ofrecer una investigación profunda de cada una de ellas. De modo que, a lo largo de la obra, se proporciona al lector información muy valiosa y actualizada de temas que van más allá del título estricto de la obra (véase, como muestra de ello, la síntesis que puede encontrarse acerca de las nuevas perspectivas de la doctrina española reciente sobre la anulabilidad, en pp. 272 y 273).

En segundo lugar, se dirige la mirada hacia el Derecho comparado. A este respecto, si bien es cierto que el *Common Law* se toma en consideración, son el Derecho alemán y el Derecho italiano los que cuentan con una presencia más acusada en la obra. Lo que se explica por la mayor proximidad de nuestro Ordenamiento con los Derechos últimamente mencionados que con los de corte anglosajón.

El autor no olvida la importancia creciente de los textos de Derecho Privado Europeo y de Derecho Uniforme, por lo que también analiza pormenorizadamente las soluciones a las que se llega en ellos.

Por último, el profesor Rivero desciende al Derecho español. Y aquí, su estudio se bifurca: por un lado, se centra en la *lege lata*, ofreciendo al lector una visión completa de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre el tema concreto estudiado; y, por otro lado, indica cómo lo trata la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, fuertemente presente en toda la obra «[...] *por su propio interés científico, avalado por su origen, y como verosímil legalidad próxima* [...]» (p. 56).

En todos y cada uno de los temas tratados, el Profesor RIVERO finaliza planteando, explicando y defendiendo su propia tesis sobre la figura jurídica concreta o el conflicto planteado.

En definitiva, y parafraseando al propio autor (vid. p. 30 *in fine*), el estudioso avanza opiniones y propone soluciones, tras haber dejado bien definido el problema, planteado el conflicto de intereses o las coordenadas conceptuales y normativas de la cuestión debatida.

3. **Estructura.** La monografía se divide en siete capítulos: 1) Aproximación tópica a la representación sin poder y cuestiones implicadas; 2) Representación sin poder. El negocio del *falsus procurator*; 3) Supuestos fácticos y jurídicos de posible ratificación; 4) La ratificación. Naturaleza y función; 5) Estructura negocial de la ratificación; 6) Efectos de la ratificación; 7) El desistimiento unilateral del cocontratante; 8) Responsabilidad por ineficacia del contrato celebrado sin poder (y otras responsabilidades).

Cuál sea la estructura perfecta de un trabajo es un punto sobre el que, probablemente, difícilmente quepa encontrar dos opiniones coincidentes. A lo

anterior se unen las especiales dificultades que existen para encontrar una estructura adecuada en el tema del que se ocupa la obra reseñada: seguramente no descubro nada si digo que el profesor que debe explicar todos los problemas (y sus posibles soluciones) que se plantean en la representación sin poder se encuentra con una primera dificultad de envergadura, cual es el mero hecho de preparar un esquema lógico y comprensible para el estudiante.

Hechas las advertencias anteriores, me permito replantear la estructura de la obra, que, a mi modo de ver, cabe dividir en cinco partes:

1. Representación sin poder: concepto. A ello se dedica la mayor parte del capítulo 1 (pp. 33 a 77) y el primer epígrafe del capítulo 2.
2. El negocio falso representativo. Estudiado ampliamente en los epígrafes III y IV del capítulo 2 y en los epígrafes II y III del capítulo 3.
3. La ratificación. A la que se dedican los capítulos 4, 5 y 6.
4. El desistimiento unilateral del cocontratante. Tratado en el capítulo 7.
5. Las responsabilidades derivadas de la ineficacia del contrato celebrado sin poder. Ampliamente analizadas en el capítulo 8.

Son bastante frecuentes las remisiones internas dentro de la obra. Lo que es seguramente inevitable, debido, no sólo a la amplitud de la misma (más de 700 páginas) sino también a que hay problemas recurrentes que surgen (y resurgen) al hilo de diversas cuestiones: en la figura jurídica de la representación, en general, y de la representación sin poder, en particular, resulta sumamente difícil hacer compartimentos estancos.

Sirva como ejemplo de lo anterior la relación entre representación sin poder y el acto unilateral: esta cuestión se trata desde la perspectiva de si es posible hablar de representación sin poder respecto de un acto unilateral (por citar uno de los ejemplos del propio autor, una persona no habilitada para ello por el *dominus* realiza un requerimiento de pago *ex art.* 1504 CC; pp. 238 a 243); vuelve a ser objeto de análisis al estudiar el desistimiento por el cocontratante (pp. 592 a 595), y a propósito de la ratificación (pp. 242, 399, 457, 458 y 476).

El índice analítico, situado al final de la obra, es una herramienta muy útil para localizar las diversas perspectivas desde las que se afronta a lo largo de la obra un determinado problema, como el apenas indicado.

4. **Directrices de la obra.** Sería prácticamente imposible resumir las 749 páginas de *Representación sin poder y ratificación* en estas líneas. Pero, ni lo pretendo, ni creo que sea lo que cabe esperar de una reseña. A continuación me referiré a las que, en mi opinión, constituyen las directrices de la obra y de las tesis sostenidas por el autor respecto de los numerosos problemas tratados en ella.

4.1 *El concepto de representación.* Para el autor, la idea esencial de la representación voluntaria es la de colaboración y actuación, por vía de sustitución, de una persona en interés de otra (pp. 67 a 69). Se trata, pues, de una concepción amplia de representación, que abarca categorías tradicionalmente excluidas de ella (como la representación indirecta, en la que falta la *contemplatio domini*), y que incluye a la representación no legitimada, porque en ese caso «[S]us elementos estructurales y fin perseguido son idénticos y lo único que falta es el elemento justificativo (ausencia de legitimación), lo que sólo influye en la eficacia, que todavía no tiene pero puede tener (art. 1259 Cc)» (p. 67).

4.2 *El concepto de representación sin poder.* Distingue el autor entre representación sin poder en sentido estricto, caracterizada por la actuación *alieno nomine* y ausencia total de legitimación; y otras actividades represen-

tativas no legitimadas, como la gestión de negocios ajenos sin mandato, entre otros (p. 61).

4.3 *El concepto de falsus procurator.* Dicha expresión la utiliza el autor para referirse, tanto al representante sin ningún poder, como al que actúa con poder insuficiente, «[...] porque el representante que se extralimita no está legitimado para el acto concreto realizado y, en tal calidad, es también representante sin poder» (p. 45).

4.4 *La visión del conflicto.* El profesor Rivero, se aleja de la visión anclada en el *dominus* y en la protección de su interés, y afronta los problemas aproximándose a la perspectiva del cocontratante (que no *tercero* «[...] porque lo es sólo fácticamente respecto de los otros dos (*dominus* y *falso representante*), no obstante estar llamado a devenir parte material si llega la ratificación, por lo que nunca puede ser tercero en sentido jurídico-de ahí su impropiedad-» [p. 513]).

El desarrollo de esta idea central de la obra se produce, fundamentalmente, en dos capítulos: el séptimo, relativo al desistimiento unilateral del cocontratante, y el octavo, sobre las diversas responsabilidades que pueden surgir como consecuencia de la falta de ratificación y consiguiente frustración del negocio. A la hora de afrontar las cuestiones mencionadas, el dato fundamental del que, a juicio del autor, no cabe prescindir, es el conocimiento o desconocimiento por parte del cocontratante de la falta de poder del falso representante.

4.5 *La configuración del negocio pendiente.* Esto es, la del negocio falso representativo antes de que se haya producido la ratificación, que se configura como un negocio incompleto y en vías de formación: «[E]l negocio del falso representante es una parte del negocio buscado, al que falta, pero puede llegar, el consentimiento del dominus, elemento estructural, imprescindible, del negocio representativo. Por ser esencial no hay todavía tal negocio, está incompleto [...]» (p. 169).

4.6 *El concepto de ratificación.* El autor distingue, también en este ámbito, entre ratificación en sentido estricto y ratificación en sentido amplio: la diferencia entre ambas categorías se sitúa en sus consecuencias.

La ratificación en sentido estricto crea una relación directa entre el *dominus* y el cocontratante; esto es, sus consecuencias se proyectan también en la relación externa. Este primer tipo de ratificación es predicable de los casos de representación voluntaria directa y de la indirecta cuando, a pesar de la actuación *propio nomine* del falso representante, se pueden dejar vinculados al *dominus* y al cocontratante.

La ratificación en sentido amplio se caracteriza porque sus consecuencias se limitan a la relación interna (*dominus*-falso representante): «[S]u eficacia qued[a] reducida a hacer «legítima» (levantando la irregularidad) la actuación del falso representante o gestor, sin alcanzar a vincular inicial y jurídicamente al representado con otra persona [...]» (p. 361).

5. **Un Tratado sobre la representación.** El lector encuentra ante sí una obra madura, de un experto en la materia, que no es un recopilatorio de publicaciones anteriores, y que pasará, sin duda, a formar parte de las obras de obligada consulta, no sólo sobre el tema concreto que le da título, sino sobre la representación en general.

Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, Inés: *La hipoteca inversa en el Derecho español*, ed. Civitas, Pamplona, 2013, 357 pp.

El libro en comentario, del que es autora la profesora Sánchez-Ventura, contiene un estudio monográfico de una reciente figura de garantía: la hipoteca inversa. La autora nos advierte, desde el comienzo, de que la hipoteca inversa no tiene su razón de ser en la clásica hipoteca inmobiliaria, y de que tampoco el calificativo «inversa» corresponde aquí a algo opuesto o contrario. Esta doble advertencia invita a analizar en qué consiste entonces su especialidad, cuestión a la que se dirige el libro. En las páginas introductorias nos explica cual fue su propósito al escribirlo pues, efectivamente, su sistemática se aparta de la que predomina en los estudios sobre la noción clásica de hipoteca. El punto de partida se encuentra en la búsqueda de una fórmula de previsión social complementaria de necesidades económicas actuales. El contexto es el fenómeno del envejecimiento de la población, que adquiere proporciones de dimensión internacional. Por lo tanto, no parte de los bienes en sí mismos considerados o del inmueble al que está adherida la garantía sino de cualidades o circunstancias del solicitante, para la autora una « persona mayor ». Puede afirmarse que por su estructura, características y finalidad no enlaza directamente con la problemática que en los últimos decenios ha conocido el derecho español sobre una próspera expansión del crédito inmobiliario asociada a la promoción de venta de vivienda que acarree deplorables estragos al crédito por el vendaval en el mercado inmobiliario y la morosidad en el pago de las cuotas. El libro se limita a advertir, de pasada, algunas notas que recuerdan el proceso acelerado de política de la vivienda en épocas de esplendor que condujo a la multiplicación de ofertas financieras, en buena parte préstamos hipotecarios con artificiosa valoración de riesgos. Las consecuencias del fracaso son bien conocidas, entre otras el replanteamiento de la hipoteca envuelta en instrumentos hostiles a la forma tradicional de garantía. La hipoteca hasta entonces considerada como modelo, «la reina de las garantías», resultó destronada por la artimaña de nuevos hallazgos, de productos que, con ese calificativo, reclaman hoy su retirada o reconversión. El producto más lamentable y conocido fue la hipoteca de alto riesgo, *subprime*, que dio la voz de alarma con la simbólica «entrega de llaves» para dar por liquidada la hipoteca, cuando el interesado se entrega inerme porque no pudo hacer frente al crédito. No trata este libro de tan desapacible cuestión porque, en efecto, el problema que plantea es otro, pese a que la elaboración del trabajo coincida en el tiempo con el creciente número de ejecuciones hipotecarias con un resultado tan poco alentador. Por vía legislativa se fomenta la llamada hipoteca inversa, que con tanto calor de éxito como de confusiones pública la Ley 7 de diciembre 2007 sobre reforma del mercado hipotecario. Por esa fecha la autora del libro encamina un amplio trayecto para seguir de cerca las inclemencias del crédito inmobiliario con finalidades afines en épocas y lugares de dentro y fuera de España. Su punto de vista «en ruta» permite al lector deducir las razones de su declive y ventajas de enderezar una aplicación desviada. Explica entonces por qué la especialidad de la figura no radica en la hipoteca clásica, hay que buscarla fuera, en el destino del crédito garantizado y las necesidades a que sirve.

Con este propósito la autora se dispone a ahondar en las características y elementos de la hipoteca inversa sin salirse de ella, y como resultado del estudio profundo su propósito queda harto cumplido. Se trata del estudio

crítico y analítico de una figura jurídica de reciente «nomenclatura oficial» en nuestro derecho, que obedece al extraño título de hipoteca inversa. No comparte la autora la opinión generalizada en torno a que esta figura se define y regula en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, donde encuentra su novedad como exponente en la reforma del mercado inmobiliario. El propio título del libro ya alude, sin más preámbulos, a la hipoteca inversa en el doble plano, personal y real. El empleo de este título da por supuesto que la presente Ley de reforma del mercado inmobiliario ni en rigor la regula ni define con precisión la figura, o la definición no es correcta. La *ratio iuris* se limita al fomento de la comprendida en los requisitos legales lanzada a los efectos de esta Ley. En realidad no coinciden el sustantivo hipoteca con la finalidad y características del tradicional préstamo, y el calificativo inversa encaja con dificultad en los clásicos derechos reales de garantía. La hipoteca inversa, entiende la autora, no es un «préstamo o crédito» conforme señala la disposición adicional primera de la Ley. Puede constituirse también respetando su estructura al margen de los requisitos de la DA1.^a En todo caso, el examen de su regulación ofrece el indudable interés práctico de conocer el porqué de lo excluido o lo incluido como hipoteca en dicha Ley de regulación del mercado. Aparece el régimen legal en un momento histórico de reclamación de pensiones y dependencia. Su inclusión o exclusión en lo favorable, beneficios o incentivos fiscales, es asunto que va con la Ley y permite al lector advertir si realmente corresponde a un avance de nuestra técnica jurídica la mención explícita a ciertas personas aun a cubierto desasistidas. En definitiva, la lectura del libro expone dentro de la panorámica de una Ley de reforma de mercado si se trata del único modelo *eficaz* o de una modalidad que no excluye otros posibles. De ello depende saber en qué medida aporta nuevas expectativas de futuro. Por tratarse de una exégesis acabada excita la curiosidad de confrontar distinciones, precisas e imprecisas, sin la cuales se entiende o no se entiende la figura; se desprende del contenido en qué medida una actitud diversa de la tradicional es capaz de conferir nuevo espíritu a instituciones acartonadas, problemas en su conjunto difíciles de apreciar en el corto plazo desde su vigencia. Lo cierto es que en este contexto del crédito con garantía la autora emprende una obra que obtiene por mérito propio las más elevadas consideraciones.

El presente libro recabó su expresión originaria en la tesis doctoral elaborada bajo la dirección del catedrático de Derecho civil, profesor Carlos Martínez de Aguirre Aldaz. Es de notar que el mismo director de la tesis confirma en el prólogo, una vez publicado el libro, su tratamiento de «un buen libro sobre la hipoteca inversa», y se sirve del prólogo para reconocer a la autora los méritos de la tarea bien hecha. Ella es «la principal responsable del libro, quien lo ha pensado y escrito». Tan fiel testimonio emitido como prueba inequívoca por tan autorizado civilista excusa mi reiteración. Sus ajustadas declaraciones dan fe (en lenguaje del foro) de la veracidad intrínseca de las cualidades investigadoras y la alta valoración jurídica de la obra. Y no deja de ser oportuna la doble referencia del profesor Martínez de Aguirre al alto nivel del trabajo, así como que sea el propio director de la tesis doctoral quien deje constancia de que la autora ha trabajado «mucho y bien en este libro». Efectivamente, comprende el estudio completo («contextual») de la figura o modalidad novedosa del instrumento financiero al servicio de un crédito garantizado con título y destino jurídico privados. Desde una perspectiva económica la operación consiste en «hacer líquido el valor de un inmueble de que es titular determinada persona» y movilizar

el valor manteniendo la relación deuda-valor; y desde la perspectiva jurídica, que informa el libro en todo su contenido afronta la especialidad o peculiaridad de la figura. Está presente el objeto al delimitar los contornos, las características de este contrato y, la finalidad con que se ha introducido para calificarla como hipoteca inversa. Indirectamente se desprende que otras modalidades pueden caber en el marco elástico de la prefijada a efectos de fomento en el mercado. En la parte introductoria perfila el supuesto de hecho como la situación de una persona que, pese a ser propietario de una vivienda o titular de un inmueble, necesita liquidez y, por tanto, crédito. El acceso al crédito complementario de lo ya recibido como pensión que resulta insuficiente para el mantenimiento y satisfacción de necesidades compendia la fórmula que define el concedido con hipoteca inversa, desde la constitución, a su vencimiento, y reembolso. En este orden de ideas la autora explica que la peculiaridad de la hipoteca inversa tiene más de crédito que de hipoteca, y dedica a comprobarlo no menos de 180 páginas (las primeras) dirigidas a acreditar que el modelo oficial se inspira en factores extranjeros, en particular los aplicados en el área anglosajona. Me recuerda al dicho de Aristóteles, que el principio es más de la mitad del todo y por él se aclaran muchas cosas que se buscan. Con tanta extensión nos aclara desde sus comienzos el porqué los fracasados intentos de regulación de la hipoteca inversa.

Retomando la calificación de «un buen libro», a mi juicio en este en comentario sobresalen la extensa y detallada información histórico crítica, de que se ocupa en la primera parte, que requiere muchas horas dedicadas; destaca el esfuerzo para clarificar temas espinosos calmando discusiones con tono sencillo y preciso, y la minuciosa interpretación de la normativa en vigor con las modificaciones realizadas en la Ley hipotecaria. Me limito a un breve resumen de estos aspectos y aportaciones.

Es mérito más que suficiente ofrecernos una amplia panorámica de los antecedentes, con la línea evolutiva, la aplicación en los Estados Unidos y en el Reino Unido, países en los que compara, describe y valora la gama de dificultades de comercialización, las eventuales irregularidades y los frecuentes abusos a consumidores, con resultado poco alentador pero a tener en cuenta por su influjo en la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Se deduce de aquella exposición que, si bien el diseño con semejante finalidad *recibe* en España su impulso, no se *reproduce* como sistema, por ser tan diferente. La distinción entre los diversos sistemas es la parte más descriptiva y acaso la más sugerente y menos conocida por los lectores en nuestro país. Hasta el nombre norteamericano, *the reverse mortgage*, toma el que prevalece en la DA 1.^a de la Ley 41/2007: «a los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa...». Por su procedencia la palabra inversa de que se vale la Ley difiere de lo opuesto o contrario a algo; en gramática se llama *barbarismo* como propio de lengua extranjera. También recibe el nombre de hipoteca vitalicia por la derivación vida y vivienda ¿Por qué se introduce como fomento en el mercado? Antes no era desconocida.

Respecto al estilo de comunicar se agradece el esfuerzo de la autora para facilitar al lector la comprensión de los problemas específicos, problemas de exégesis o de orden sistemático, sin trivialidades ni dogmatismos. Puede apreciarse que la autora ha sido consciente del laberinto de dificultades que había de sortear en el estudio detallado de la nueva figura. De ellas se ha servido como estímulo y acicate, aparentemente escondidas en la sencillez y claridad en el desglose de la complejidad de cuestiones tratadas en

el libro. Por eso se aprecia más el valor del empeño. Especial atención merece el razonamiento seguido en la parte segunda en que concluye la «aparición y reciente recepción en nuestro ordenamiento». Más que una regulación de la hipoteca la Ley 41/2007 se propone, nos dice, una fórmula publicitaria de fomento. No deja de ser la vertiente histórica de la figura con los antecedentes próximos de la Ley: «las circunstancias socio económicas que explican su aparición». En este entorno la autora devela su propósito de profundizar dentro de los instrumentos jurídico-privados para la financiación de la jubilación y los fenómenos a ella asociados, en aquello que tiene por objeto la inversión del bien inmueble. Propone su análisis, como una de las opciones que más se está valorando en la actualidad, la figura que ha recibido esa «denominación comercial» de hipoteca inversa.

El libro comprende tres partes. La primera trata del entorno socio-demográfico del fenómeno del envejecimiento (p.33-90); la segunda, se ocupa de la aparición y recepción en España de la figura (p. 93-202), y dedica la tercera a los diversos aspectos, sustantivos, procesales y registrales, sobre el régimen jurídico, desde la formación del contrato al vencimiento del crédito hipotecario (pp. 303-323). En conjunto se distribuye la materia en ocho capítulos, y la obra finaliza con una selecta y nutrida bibliografía, general y especial, ofrece un amplio elenco de «jurisprudencia», denominación que contiene numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de las Audiencias Provinciales y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado anteriores y posteriores a la recepción. Las conclusiones numeradas (hasta XV) recuerdan la originaria versión como tesis doctoral y facilitan hoy un plano de referencia al orden sistemático de cada capítulo. Constituye el centro y sirve de criterio orientador al conjunto del trabajo, como se ha repetido, la finalidad socio-económica de completar necesidades de renta o liquidez experimentada por personas que alcanzan niveles altos de edad, «los mayores» o con dependencia grave. Preocupación que actualmente se agudiza por conocidas razones demográficas, como la pérdida de población y el paulatino envejecimiento, que presionan la futura garantía del sistema público de pensiones.

La estructura básica de la hipoteca inversa se desenvuelve en dos fases, anterior desde la constitución y posterior al fallecimiento, que podemos llamar etapa de liquidación. Me recuerdan las fases de la hipoteca como gravamen, fase de seguridad y de ejecución, el resultado o cuenta final (p. 302 *in fine*). La fase de seguridad implica conservación de la cosa hipotecada, las cargas preferentes. El caso de impago con pasividad del deudor, que provoca el vencimiento anticipado, es excepcional, RDGRN 8 de julio 1996 [RJ. 5614]. El deudor no está desprotegido, la obligatoriedad del máximo la pone el mercado. Como bien dice la autora, «a mayor edad, el deudor podrá disponer de una cantidad mayor, y el acreedor asegurarse la devolución en un período breve de tiempo». La inversa la fase de ejecución se inicia con el fallecimiento del solicitante. En ese momento vence la obligación (*mors omnia solvit*) y se transmiten los derechos a la sucesión (art. 657 del CC). Es a partir de ese momento cuando se le plantean al acreedor problemas para hacer efectivo su derecho. De una parte, la finalidad socio-económica a que va dirigida la hipoteca se ha cumplido, el préstamo garantizado vence, y desde entonces, salvo pacto, es exigible la recuperación con los intereses. Pero, por otra parte, el bien sujeto a la responsabilidad no queda ya en poder del solicitante o beneficiario, de

manera que se ponen en pié las diversas opciones con que cuenta el acreedor para enfrentarse al característico riesgo del patrimonio negativo propio de la hipoteca inversa convertido en herencia, y recuperar lo debido con las diversas acciones y los correlativos procedimientos. La particularidad se debe a que la responsabilidad de los herederos se configura con responsabilidad limitada, a modo de un patrimonio con destino o separado. El recobro por el acreedor llega directamente hasta donde alcance el valor de los bienes de la herencia. El heredero que acepta deviene parte como persona subrogada, el beneficiario de no ser el solicitante es tercero interesado titular de acciones directas como corrección al principio de relatividad, la cesión de crédito o de contrato. Ciertamente que los herederos pueden aceptar o repudiar la herencia, ser desconocidos, o abandonada por sus cargas, con lo que tendrá el acreedor que optar en tal caso por otros medios. Tal deslinde patrimonial traza los confines de las relaciones entre masas patrimoniales, y contribuye a que la hipoteca inversa cumpla su característica contribución familiar y social, una finalidad que, por razones demográficas, irá *in crescendo* a la par que la dependencia grave. La hipoteca en general y en particular en garantía de rentas, pensiones, intereses se topa en los últimos años con un clamor adverso, llegado el proceso ejecutivo. Incluso en las portadas de los periódicos se denuncian una y otra vez irregularidades, engaños y dramas familiares motivados por demora o impago parcial. La ejecución de la hipoteca inversa para el cobro de la deuda mediante el procedimiento de ejecución especial sobre los bienes hipotecados está también comprendida en la figura, pero esta es una más entre las diversas opciones del acreedor. Con buen sentido la autora no entra en los sustitutos de la dación en pago o arrendamiento ante el temido «deshaucio» que, en principio, no es del caso puesto que el valor en uso de la vivienda se ha ventilado en vida del solicitante. Lástima que con carácter general la hipoteca inmobiliaria tradicionalmente considerada como «modelo de las garantías reales», por razones diversas de empeoramiento de condiciones laborales y la dilación de acceso al crédito, lleve hoy la tachadura de un gravamen socialmente inmoderado, un dardo lanzado al mercado inmobiliario con cláusulas financieras abusivas que a la larga se resuelve en quebrantos patrimoniales, familiares y sociales. Insiste la autora en la estrecha relación crédito y garantía. La garantía roza con la herencia y con la ejecución por lo que puede buscarse la especialidad en la estrecha relación crédito-garantía. Me recuerda la estrecha relación entre crédito y garantía la imagen didáctica del querido maestro Sancho Rebullida. Gustaba poner como ejemplo de garantía la hiedra, esa planta trepadora que se agarra a la raíz y al tronco del árbol o arbusto que la sostiene, no más allá. De suerte que crédito y garantía, de ordinario, conviven en unión pacífica, inseparable. En nuestro caso, la hipoteca respeta el crédito en las condiciones de vida normales del solicitante o beneficiario ya que el mayor, dice la autora, no tiene que hacer frente a la devolución del préstamo en vida.

Para finalizar la recensión, presentan especial interés, como podrá advertir el lector, el planteamiento y las respuestas a unos problemas fundamentales sobre la facultad dispositiva incorporada a la causa o razón de ser:

1.º Un problema de límites, ¿hasta dónde puede llegar la autonomía de la voluntad en la configuración jurídica de la hipoteca pactada, tanto en las cláusulas contractuales como la libertad dispositiva en materia de herencia? El octavo y último capítulo aborda las cuestiones interpretativas que se

prestan a una profunda reflexión a propósito del «vencimiento y exigibilidad de la hipoteca inversa». En el fondo, cómo combinar el predominio del carácter personal, característico y peculiar de esta hipoteca por el préstamo o crédito, con el sentido objetivo (utilitario) de lo económico en la etapa de liquidación y formas de pago de la deuda. Lo temido es el riesgo de pérdida de valor de la vivienda o la adjudicación por precio inferior a la deuda. En este sentido la autora se detiene en el contenido clausular y medidas precautorias. En realidad se trata de un problema registral: la concordancia entre escritura pública y Registro. Con motivo de la calificación registral a efectos de «depurar» el principio de legalidad, salen al paso tipos de cláusulas o de pactos que recuerdan la distinción con trascendencia real y sin trascendencia real, en las hipotecas inversas típicas, aquellas que cumplen con la estructura y los requisitos establecidos en esta Ley, con mayor motivo, pienso, en las que llama atípicas porque reúnen las características básicas con requisitos al margen de la ley que regulan el presunto tomado como modelo. La autora retoma las diferencias entre sistemas en Estados Unidos, en Inglaterra y en España donde el propio sistema registral no plantea esos problemas sino otros que prestan a irregularidades y abusos que en nuestro ordenamiento no pueden darse o al menos de la misma manera. En particular se detiene en las cláusulas financieras de vencimiento anticipado por transmisión o enajenación de la finca. Están en juego el principio de libertad de contratación y circulación de los bienes, que rigen en nuestro sistema. La constancia registral de la cláusula fue debatida ¿puede inscribirse una cláusula de vencimiento en los contratos de hipoteca inversa? En la reforma del artículo 12 LH en términos generales se prohíbe, salvo si se sustituye por otra garantía suficiente, lo que en el fondo supone, pienso, una modificación por adaptación, artículo 144 LH, facultades, finca, valoración. Parece razonable la negativa por el carácter personal y las peculiaridades de esta figura determinadas por la duración del contrato. Por tanto, un pacto de vencimiento anticipado por transmisión del inmueble, aunque responde a la libertad del dominio no se ajusta a la finalidad personal, salvo cuando las circunstancias excepcionales lo hicieren indispensable y pueda sustituirse por otra garantía suficiente. Si bien puede verse obligado a estar en una residencia y percibir allí la pensión para pagar el importe. La hipoteca inversa mira de frente a la persona del necesitado, no de soslayo al tercer poseedor de cosa hipotecada ni a cualquier otra persona con título genérico de deudor, ni al hipotecante no deudor sino, precisamente, a quien ya con años de vida cumplidos habita y sigue viviendo allí en su vivienda, que soporta hipoteca hasta el resto de sus días, o es titular del inmueble pero con mayor desahogo, sin el agobio de devolver personalmente el gasto acordado.

2.º La especialidad de la figura, tesis que merece aplauso, no radica tanto en la hipoteca en sí, (menos entendida como derecho real de realización de valor), como en el porqué del préstamo o crédito garantizado; ello plantea la cuestión de hasta qué punto procede al margen de los requisitos legales hacerla efectiva con otros instrumentos de conversión de activos distintos del préstamo ¿Un contrato que no se ajusta a los requisitos previstos por dicha Ley? Como la finalidad, nos dice la autora, no ha sido otra que la de fomentar su utilización no pretende una regulación que excluya la posibilidad de contratar hipotecas diversas «al margen de los requisitos de esta ley (p. 199). En búsqueda de la especialidad se detiene en contratos como el de renta vitalicia, (p. 74), el pacto o contrato de alimentos (p. 78),

los llamados contratos de conversión en activos. Se hace eco en el rastreo de nuestra «cultura», propicia al ahorro para conservar la titularidad de la vivienda sin «consumirla» en vida sino dejarla en herencia. Lo que contrasta con la movilidad del resto del patrimonio, con la libertad de circulación de los bienes. Es explicable la elección más ventajosa.

3.º La delación sucesoria con el doble ámbito del testamento o alternativas *post mortem*, ¿pacto con promesa de aceptar la herencia herencia? ¿Legado de cosa específica que se presume adquirido? La partición convencional podrá facilitar *ad casum* cuestiones de herencia de ser varios los llamados en la formación del contrato o preludio en la determinación de persona e identidad de la finca con la cifra máxima de responsabilidad.

En definitiva, este libro realza el estudio global del crédito garantizado y de su fuente, el contrato de hipoteca, y del ámbito de las relaciones entre crédito y patrimonio. Presenta el libro un panorama riguroso y suficiente de los aspectos fundamentales de la figura en la técnica hipotecaria, en la historia, procesal y civil y da las claves de su identidad o especialidad; eso permite predecir en los casos judiciales lo que previsiblemente se resuelva en justicia sin prodigar pleitos. Por tratarse de un estudio completo, con mucho fuste en la comprensión y sencillez expositiva, se goza leyendo este buen libro de una buena investigadora de Derecho civil sobre la hipoteca inversa, que deja la puerta abierta a futuros investigadores.

José Antonio DORAL GARCÍA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Navarra

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.– II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque.– III. *Derecho concursal*.– IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.– V. *Derecho de la Unión Europea*.– VI. *Derecho procesal*.– Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

BERNAL SÁNCHEZ-ARJONA, María: «El necesario punto de inflexión en la consideración del Fuero de Baylío», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2014.

CAVALLÉ CRUZ, Alfonso: «Ser justos y benéficos: el bien común como deber jurídico» (Consideraciones en torno al artículo 6 de la Constitución de Cádiz y la crisis financiera actual)», en *RJNot.*, núm. 84, 2012, pp. 15-34.

FAYOS GARDÓ, Antonio: «El Derecho civil que viene: algunas reflexiones», en *La Ley*, núm. 8250, 2014.

GÓMEZ POMAR, Fernando y GANUZA FERNÁNDEZ, Juan José: «The Role of Choice in the Legal Regulation of Consumer Markets: A Law and Economic Analysis», en *InDret*, 2014/1. Contratos y parte general», en *InDret*, 2014/1.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: «El derecho de emisión. Régimen jurídico de un nuevo derecho subjetivo en el ordenamiento español», en *RdPat*, núm. 33, 2014, pp. 357-381.

GÓRRIZ GÓMEZ, Benjamín: «Rectificación de la doctrina legal sobre el intento de notificación por correo certificado: STS de 3 de diciembre de 2013», en *La Ley*, núm. 8291, 2014.

- HEREDIA CERVANTES, Iván y RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», en *RJUAM*, núm. 28, 2013, pp. 91-106.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Juan Felipe: «Una crítica del reparto de competencias en la Constitución, su desarrollo y alguna sugerencia», en *RJUAM*, núm. 28, 2013, pp. 133-159.
- JOYA CARRASCO, Marina: «Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012», en *La Ley*, núm. 8247, 2014.
- LOZANO CUTANDA, Blanca: «¿Pueden los tribunales ordinarios inaplicar o desplazar la legislación autonómica contraria a la legislación básica estatal?: (STC 177/2013 y STS de 13 de mayo de 2013)», en *La Ley*, núm. 8227, 2014.
- OBARRIO MORENO, Juan Alfredo: «La ejecución de los bienes en la tradición jurídica medieval», en *RJNot*, núm. 84, 2012, pp. 259-328.
- «El *ius commune* y sus vías de recepción en España (Primera parte)», en *RJNot*, núm. 85, 2013, pp. 267-324.
- PETIT CALVO, Carlos: «El Código de tránsito no es un código», en *InDret*, 2014/2.
- QUINZÁ REDONDO, Pablo: «Título sucesorio y prueba del derecho extranjero. Resolución de 14 de noviembre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 259-275.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: «A vueltas con el concepto de ley singular: análisis de la STC 203/2013, de 5 de diciembre», en *La Ley*, núm. 8288, 2014.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael: «Cómo calificar negativamente el documento extranjero que pretenda inscribirse en nuestros registros», en *RJNot*, núm. 85, 2013, pp. 221-266.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: «El cómputo de plazos de fecha a fecha: un triste desenlace», en *La Ley*, núm. 8250, 2014.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ABAD ARENAS, Encarnación: «Libertad matrimonial y matrimonios forzosos», en *La Ley*, núm. 8288, 2014.
- ABRIL, Patricia S. y PIZARRO MORENO, Eugenio: «La intimidad europea frente a la privacidad americana: Una visión comparativa del derecho al olvido», en *InDret*, 2014/1.
- APARICIO SALOM, Jaime: «El tercero a quien se comunican los datos: un tercer género entre quienes tratan datos», en *RDNT*, núm. 34, 2014, pp. 23-42.

- AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel: «Autonomía del ordenamiento de la Unión y Derechos Fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta», en *REDE*, núm. 48, 2013, pp. 37-74.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «El nombre y los apellidos», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2014, pp. 37-40.
- «La protección del honor y de la imagen de los discapacitados», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 45-49.
- «Competencia judicial, internet y propiedad intelectual», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2013, pp. 31-34.
- «Reprografía de libros y límites de derecho de autor en favor de la cita o de la ilustración de la enseñanza. Sentencia de 9 de enero de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 365-379.
- «Sentencia del TC de 23 de abril de 2013. Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 189-224.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando: «Propiedad intelectual y docencia universitaria (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2013.
- BROTONS MOLINA, Olga: «Caso Google: tratamiento de datos y derecho al olvido. Análisis de las conclusiones del abogado general C-131/12», en *RDNT*, núm. 33, 2013, pp. 107-126.
- BUADES FELIU, Joan: «Algunas consideraciones de actualidad sobre el derecho al honor, la libertad de expresión y de información», en *La Ley*, núm. 8318, 2014.
- CARRIÓN OLMOS, Salvador: «En torno a la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el derecho a contraer matrimonio», en *La Ley*, núm. 8286, 2014.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 71-98.
- «Las consecuencias jurídicas del uso de cámaras ocultas en el periodismo de investigación», en *RDNT*, núm. 33, 2013, pp. 147-181.
- COCA PAYERAS, Miguel: «Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad», en *RDC*, núm. 1, 2014, pp. 29-48.
- CORERA IZU, Martín: «Testamento vital», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2014.
- CORTÉS MARÍN, José Manuel: «Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de la presunción de su equivalencia con el CEDH», en *RDCE*, núm. 46, 2013, pp. 935-971.
- COSTAS RODAL, Lucía: «Ponderación entre derechos fundamentales en conflicto: información y el honor y la intimidad», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 51-59.

- DOMÍNGUEZ CABRERA, M.^a del Pino: «El derecho fundamental a la protección de datos en el registro público concursal», en *ACM*, vol. 2, núm. 6, 2013, pp. 107-125.
- ECHERRÍA DE RADA, Teresa: «Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2013, pp. 67-109.
- ECHERRÍA ALBACAR, Ignacio: «Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril», en *La Ley*, núm. 8224, 2014.
- ESTEBAN MONASTERIO, Ignacio: «Responsabilidad de los patronos por deudas o insolvencia de la fundación», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2014.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana: «La gestión colectiva obligatoria de derechos de propiedad intelectual a la luz de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014», en *La Ley*, núm. 8313, 2014.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «El concebido y el menor de edad. Su protección por el Derecho civil (el Código Civil en su 125 aniversario)», en *RJNot*, núm. 84, 2012, pp. 107-124.
- GIMENO RUIZ, Álvaro: «Derecho extranjero y Registro Civil», en *La Ley*, núm. 8243, 2014.
- GÓRRIZ GÓMEZ, Benjamín: «Modificación de la doctrina constitucional sobre la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013, de 19 diciembre)», en *La Ley*, núm. 8275, 2014.
- GRIMALT SERVERA, Pedro: «La falta de conocimiento efectivo del prestador del servicio de intermediación de almacenamiento o alojamiento de datos como causa de exoneración de responsabilidad civil. El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Sentencia de 4 de diciembre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 315-341.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «El derecho a la propia imagen de los menores de edad ante los medios de comunicación (1)», en *La Ley*, núm. 8319, 2014.
- HUALDE MANSO, M.^a Teresa: «Ficheros de morosos, nulidad del Reglamento de Protección de Datos y derecho al honor», en *ACM*, vol. 2, núm. 8, 2013, pp. 49-58.
- LEGERÉN MOLINA, Antonio: «Un análisis del artículo 239.3 del Código Civil desde la perspectiva de la aplicación judicial», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2013.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor: «El Convenio Europeo de Derechos Humanos ante violaciones masivas de derechos», en *REDE*, núm. 49, 2014, pp. 91-124.
- LÓPEZ GUERRA, Luis María: «Los Protocolos de reforma núm. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *REDE*, núm. 49, 2014, pp. 11-29.

- LORENZO-REGO, Irene: «Sobre el contrato de donación de muestras biológicas humanas de naturaleza embrionaria en España», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2013.
- LOZANO CUTANDA, Blanca y CORDÓN MORENO, Faustino: «Overruling de la jurisprudencia constitucional sobre el requisito de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo: (STC 216/2013)», en *La Ley*, núm. 8238, 2014.
- MACANÁS, Gabriel: «Efectos y defectos del artículo 30 del Código civil», en *InDret*, 2013/4.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.: «La necesaria observancia del interés superior del menor en la contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional. Sentencia de 3 de febrero de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 457-472.
- MENDOZA LOSANA, Ana Isabel: «Registros de morosos, deudas dudosas y derecho al honor. Sentencia de 6 de marzo de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 487-515.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (1)», en *La Ley*, núm. 8221, 2014.
- NIETO GARCÍA, Ángel Juan: «La libertad religiosa de los hijos de los reclusos», en *La Ley*, núm. 8262, 2014.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 59-67.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Doctrina formulada por el Tribunal Supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al interés del menor, coincida o no con la compartida», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2013, pp. 39-45.
- PÉREZ FUENTES, Gisela: «El interés superior del menor como principio de interpretación en el Derecho Civil mexicano», en *RGLJ*, núm. 4, 2013, pp. 655-684.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «Relaciones personales y patrimoniales en las uniones de hecho formalizadas. La Ley 5/2012, de la Generalitat Valenciana», en *RGLJ*, núm. 4, 2013, pp. 715-748.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: «La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana», en *InDret*, 2014/2.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: «Reflexiones sobre los nuevos contornos del secreto de las comunicaciones: comentario a la STC 170/2013, de 7 de octubre», en *La Ley*, núm. 8271, 2014.
- ROGEL VIDE, Carlos: «La copia privada de obras ajenas. Análisis de las normas contenidas, al respecto, en el Anteproyecto de Modificación de la Ley de Propiedad Intelectual, de 2013», en *RGLJ*, núm. 4, 2013, pp. 749-762.

- ROMERO COLOMA, Aurelia M.^a El derecho al nombre y los apellidos como derecho fundamental de la persona», en *RJN*ot, núm. 85, 2013, pp. 97-110.
- «Los internamientos forzosos o no voluntarios: evolución legislativa y problemática actual», en *La Ley*, núm. 8241, 2014.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Derecho a la intimidad y a la propia imagen versus derecho a la información», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 55-59.
- SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZÁLEZ, S., AGUILERA RULL, A., MILÀ RAFEL, R., ALLUEVA AZNAR, L., MORALES MARTÍNEZ, S.: «Anómalos: Acondroplasia, focomelia e interrupción del embarazo después de las catorce semanas de gestación», en *InDret*, 2013/4.
- SAURA ESTAPÀ, Jaume: «Implicaciones de derechos humanos en el tratado de libre comercio entre Colombia y la Unión Europea», en *InDret*, 2013/4.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ÁLAMO GONZÁLEZ, Daniel P.: «El Derecho comunitario y la protección del consumidor en los procedimientos de reclamación de crédito», en *La Ley*, núm. 8275, 2014.
- ALCORTA, Itziar: «El desistimiento del promotor en el contrato de obra inmobiliaria en el nuevo contexto de crisis», en *RDP*, núm. 11-12, 2013, pp. 53-101.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Sentencia de 27 de junio de 2013. Imperatividad de la indemnización por clientela en el contrato de la agencia», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 391-406.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.^a Pilar: «La opción de compra bajo sospecha. La DGRN perfila su doctrina sobre los requisitos para la cancelación de cargas inscritas con posterioridad a la opción», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 51-58.
- ANTA GONZÁLEZ, Jaime Francisco: «Una aproximación crítica a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», en *La Ley*, núm. 8237, 2014.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «La ocultación maliciosa de información como conducta constitutiva de dolo invalidante del consentimiento contractual. Sentencia 5 de septiembre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 33-55.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Tope máximo de intereses de demora», en *RDC*, núm. 1, 2014, pp. 103-120.
- BANACLOCHE PALAO, Julio: «Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada», en *La Ley*, núm. 8312, 2014.
- BASTANTE GRANELL, Víctor: «La valoración de bienes inmuebles hipotecados tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo: ¿una reforma suficiente en protección del deudor hipotecario?», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2014.

- BAUZÁ MARTORELL, Felio José: «Hacia una legislación básica en materia de turismo: a propósito de las centrales electrónicas de reservas turísticas», en *La Ley*, núm. 8319, 2014.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Competencia judicial, internet y propiedad intelectual», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2013, pp. 31-34.
- BERENGUER ALBALADEJO, Cristina: «Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *Common Law*», en *RDP*, núm. 11-12, 2013, pp. 3-51.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», en *RJUAM*, núm. 28, 2013, pp. 33-52.
- BERNARD MAINAR, Rafael: «Naturaleza jurídica de los tratos preliminares a la luz del Derecho Comparado», en *RCDI*, núm. 740, 2013, pp. 4009-4040.
- «En torno a la naturaleza jurídica del precontrato», en *RCDI*, núm. 742, 2014, pp. 353-382.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Análisis de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas», en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, 2013.
- «Análisis de la normativa complementaria a la nueva legislación arrendaticia», en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, 2013.
- «Análisis de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2013.
- BERTI DE MARINIS, Giovanni: «La tutela del consumidor en la conclusión a través de internet de contratos sobre instrumentos financieros (un estudio desde la perspectiva del derecho italiano)», en *RDNT*, núm. 33, 2013, pp. 127-145.
- BLANCO CARRASCO, Marta: «La reforma de la Ley de arrendamientos urbanos a través de la Ley 1/2013, de 4 de junio», en *RGLJ*, núm. 4, 2013, pp. 607-654.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra: «Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», en *La Ley*, núm. 8301, 2014.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del plazo de entrega y en la negativa de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria de permitir la subrogación del comprador. Aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, frustración de las expectativas del comprador. Sentencia de 26 de abril de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 579-595.
- «Sentencia de 8 de noviembre de 2012. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla *rebus sic stantibus*», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 53-70.

- «Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla *rebus sic stantibus*», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 99-120.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos», en *La Ley*, núm. 8285, 2014.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Sentencia de 21 de junio de 2013. Arras penales confundidas con cláusula penal. No procede practicar una moderación de las arras penales ante el incumplimiento total de unos compradores que se desentienen del pago del precio pretextando dificultades para obtener financiación», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 353-370.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «Arrendamientos y ejecución hipotecaria: a propósito de la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2014.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «El incumplimiento de la obligación de pagar el precio en la compraventa de inmuebles a causa de la imposibilidad de obtener financiación», en *RCDI*, núm. 742, 2014, pp. 413-462.
- CANO SALLARÉS, Paz: «La cláusula de limitación al tipo de interés (cláusula suelo). Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y sus efectos jurisprudenciales», en *RJC*, núm. 4, 2013, pp. 999-1010.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Sentencia de 11 de julio de 2013. Naturaleza concursal de las cuotas derivadas de contrato de «leasing» con posterioridad al concurso», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 429-450.
- CARRIZO AGUADO, David: «La protección de los consumidores y usuarios en las operaciones de pago transfronterizas de la zona SEPA: análisis del Reglamento (UE) núm. 260/2012, de 14 de marzo», en *La Ley*, núm. 8257, 2014.
- CASTAÑOS CASTRO, Paula: «El desistimiento «ad nutum» en el contrato de hospedaje: estudio de derecho comparado», en *RdPat*, núm. 33, 2014, pp. 225-251.
- CASTRESANA, Javier: «La progresiva pérdida del principio de relatividad de los contratos», en *La Ley*, núm. 8296, 2014.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta: «Obligación de indemnizar por la aplicación de una Ley contraria al Derecho de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 49, 2014, pp. 127-149.
- COMITE, Valeria di: «El principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE debida a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el derecho italiano», en *RDCE*, núm. 47, 2014, pp. 49-88.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Sentencia de 9 de octubre de 2013. El control de transparencia de las cláusulas suelo», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 565-586.
- «La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real», en *La Ley*, núm. 8272, 2014.

- COSTAS RODAL, Lucía: «Principales novedades introducidas en la LAU/94 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas», en *ACM*, vol. 2, núm. 6, 2013, pp. 35-42.
- «El derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil en la proyectada reforma de la Ley de consumidores y usuarios», en *ACM*, vol. 2, núm. 8, 2013, pp. 33-40.
- CUENA CASAS, Matilde: «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start», en *ADCon*, 2014, núm. 31, pp. 123-159.
- «Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 161-185.
- DAMBORENEA AGORRIA, Íñigo: «Responsabilidad del gestor de carteras de inversión», en *RDBB*, núm. 132, 2013, pp. 169-199.
- DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo: «La reforma en la regulación del contrato de arrendamiento urbano de vivienda de junio de 2013», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2013.
- DE LA PUENTE ALFARO, Fernando: «¿Hacia un Derecho Registral Inmobiliario europeo?», en *RCDI*, núm. 741, 2014, pp. 39-66.
- DE LA TORRE OLID, Francisco: «Protección del usuario en el ámbito financiero y consentimiento informado», en *La Ley*, núm. 8228, 2014.
- DEL OLMO GARCÍA: «El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños», en *InDret*, 2013/4.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «La resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2013, pp. 47-64.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Sentencia de 24 de mayo de 2013. Asegurabilidad de la conducción en estado de embriaguez en el seguro de accidentes», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 281-298.
- DOMINGO DE LA CRUZ, María: «Moderación de cláusulas penales: tampoco al amparo del artículo 1103 del Código Civil: comentario a la STS de 23 de octubre de 2012», en *La Ley*, núm. 8309, 2014.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2013, pp. 67-109.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Sentencia de 6 de septiembre de 2013. Aplicación en Cataluña del plazo de prescripción de un año de la acción directa del perjudicado contra la entidad aseguradora y, en su caso, el Consorcio de Compensación de Seguro», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 513-530.
- «Los requisitos de constitución de la prenda de créditos en el Código Civil de Cataluña», en *RCDI*, núm. 740, 2013, pp. 3949-3971.

- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «Evolución y realidad de la responsabilidad civil: una revisión conforme a la última Jurisprudencia», en *RdPat*, núm. 33, 2014, pp. 335-356.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «La declaración de cláusula abusiva de intereses moratorios en el procedimiento monitorio. Su impacto en el sector bancario», en *RDBB*, núm. 132, 2013, pp. 133-166.
- FERNÁNDEZ CABANAS, Juan José: «La certificación energética de edificios y su exigibilidad en la venta de viviendas de uso vacacional», en *RDC*, núm. 1, 2014, pp. 139-142.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Otra vez sobre la prenda de créditos futuros a propósito de una futura Ley de garantías mobiliarias», en *La Ley*, núm. 8291, 2014.
- FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel: «Tras la huella de la compraventa simulada en el Decreto-Ley 288/2011, de 28 de octubre. (A propósito de la función notarial en Cuba)», en *RJNot*, núm. 85, 2013, pp. 111-148.
- FERRANTE, Alfredo: «Indemnización del Latigazo Cervical: la reforma italiana», en *InDret*, 2014/2.
- FLAQUER RIUTORT, Juan: «Cargos de emisión y gestión en el billete aéreo electrónico», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 327-358.
- GALINDO ARAGONCILLO, Alicia y NAVARRO CODERQUE, Fernando: «El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía», en *La Ley*, núm. 8314, 2014.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «La mediación concursal», en *ADCon*, 2014, núm. 31, pp. 11-63.
- GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, Eduardo: «El pagaré electrónico: *certus an, incertus quando*», en *La Ley*, núm. 8216, 2013.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Belén: «Sentencia de 15 de junio de 2012. Inexistencia de relación jurídica entre la parte demandante y la parte demandada. Falta de legitimación del actor para el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de transporte aéreo de pasajeros. El pago hecho siendo tercero en la relación contractual no altera la ausencia de relación jurídica entre las partes», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 13-26.
- GARCÍA GONZÁLEZ, César: «Matices diferenciadores entre el Seguro de Protección Jurídica y el de RC. Propuesta lege ferenda», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 35-44.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil», en *RDC*, núm. 1, 2014, pp. 7-27.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Embargo de créditos cedidos. Oponibilidad de la cesión. Sentencia de 28 de noviembre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 277-286.
- GARRIDO GARCÍA, José M.^a «Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», en *ADCon*, 2014, núm. 31, pp. 197-356.

- GASPAR LARA, Silvia: «La oferta de contrato en derecho español: cuestiones y perspectivas», en *RdPat*, núm. 33, 2014, pp. 125-158.
- GIAMPETRAGLIA, Rosaria: «La mediación», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2013.
- GINEBRA MOLINS, M. E. y TARABAL BOSCH, J.: «La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación», en *InDret*, 2013/4.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 741, 2014, pp. 153-176.
- GÓMEZ PÉREZ, Ana Cristina: «Una revisión de las principales doctrinas civilistas que impiden la incorporación del «trust» en España», en *RCDI*, núm. 740, 2013, pp. 3761-3800.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y GANUZA FERNÁNDEZ, Juan José: «The Role of Choice in the Legal Regulation of Consumer Markets: A Law and Economic Analysis», en *InDret*, 2014/1.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, M.^a Angels: «El régimen jurídico de las ventas en pública subasta tras la aprobación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU», en *InDret*, 2014/2.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen y CARRASCO PERERA, Ángel: «Sentencia de 13 de septiembre 2013. Póliza global del seguro de caución de promoción inmobiliaria en régimen cooperativo», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 531-564.
- GONZÁLEZ PILA, Daniel: «Ley aplicable a la prenda de los derechos de crédito: desarrollo del derecho español a la espera de una solución comunitaria», en *RJC*, núm. 3, 2013, pp. 659-681.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Las modificaciones derivadas de las STJUE 14 de Marzo 2013 acerca del procedimiento ejecutivo hipotecario y las cláusulas abusivas», en *RJUAM*, núm. 27, 2013, pp. 355-372.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Aporías y distorsiones en el carácter «objetivo» de la responsabilidad civil por productos defectuosos», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 79-150.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José Manuel: «La donación mortis causa en el Código Civil (125 aniversario)», en *RJNot*, núm. 85, 2013, pp. 423-504.
- HERÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a Dolores: «Contrato de exclusividad. Incumplimiento. Moderación de la cláusula penal pactada. Sentencia de 23 de octubre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 161-184.
- HIDALGO GARCÍA, Santiago: «Ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC por una subcontratista al quedar parte de la deuda del comitente con el contratista pendiente pese a la emisión por éste de créditos documentarios (cartas de crédito) irrevocables. Los créditos documentarios no se consideran pago mientras no se realicen. Aplicación del artículo 117.2 C.c. Sentencia de 19 de marzo de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 537-556.

- HUALDE MANSO, M.^a Teresa: «Anulaciones de laudos arbitrales basados en equidad», en *ACM*, vol. 2, núm. 5, 2013, pp. 65-722.
- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Derecho de indemnización por el precio del billete del viajero por ferrocarril: retraso y fuerza mayor», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 101-121.
- IRIARTE ÁNGEL, José Luis y CASADO ABARQUERO, Marta: «Acceso al Registro de las escrituras públicas de adquisición de inmuebles otorgadas en el extranjero (Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2012)», en *RCDI*, núm. 741, 2014, pp. 177-194.
- JORDÀ CAPITÁN, Eva: «La dicotomía daños ambientales-daños a la persona en el Sistema español de responsabilidad ambiental: su repercusión», en *RDP*, núm. 11-12, 2013, pp. 103-136.
- JUAN GÓMEZ, Mateo: «Los efectos del tiempo en la acción de nulidad dirigida frente a contratos bancarios», en *La Ley*, núm. 8255, 2014.
- JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «Los riesgos en el contrato de compraventa: propuestas», en *RCDI*, núm. 740, 2013, pp. 3801-3870.
- LASCORZ COLLADA, M.^a Cruz: «Análisis jurisprudencial de la extinción de los contratos de distribución», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 63-99.
- LEIÑENA MENDIZÁBLA, Elena: «Dación en pago: opción razonable», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 327-376.
- LERNER, Pablo: «La protección a los deudores hipotecarios. Soluciones e interrogantes en la Ley israelí», en *RCDI*, núm. 740, 2013, pp. 4041-4072.
- LIBERO NOCERA, Iván: «El principio de la buena fe: un camino hacia la justicia contractual efectiva», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2013.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José M.^a «La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: una discusión abierta para el debate», en *La Ley*, núm. 8279, 2014.
- LORENZO-REGO, Irene: «Sobre el contrato de donación de muestras biológicas humanas de naturaleza embrionaria en España», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2013.
- MACANÁS, Gabriel: «Sentencia de 6 de junio de 2013. Error provocado sobre el rendimiento económico», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 333-352.
- MADRID RODRÍGUEZ, Fernando: «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia (I) y Nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia (II): aspectos procesales», en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, 2013.
- «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia», en *DN*, núm. 272, 2013, pp. 7-22.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Algunos apuntes sobre el proyectado desarrollo reglamentario de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *RDNT*, núm. 33, 2013, pp. 83-103.

- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Defectos constructivos. Acumulación de acciones, reparación del daño moral y reparación del daño material presupuestado. Sentencia de 10 de octubre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 137-160.
- «La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales», en *InDret*, 2014/2.
- «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo», en *RDBB*, núm. 133, 2014, pp. 295-344.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Impacto sobre la protección del consumidor de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la directiva 90/314/CEE», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2014, pp. 99-123.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Ignacio: «La sentencia de la talidomida en España, o de cómo es justo y conforme a derecho -y por tanto necesario- dictar un fallo extraordinario al ser juzgado un daño también extraordinario: a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid de 19 de noviembre de 2013», en *La Ley*, núm. 8219 2013.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Sentencia de 20 de marzo de 2013. Arrendamiento de vivienda. Resolución del contrato por cesión incontestada», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 171-188.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «Responsabilidad civil y penal de los administradores concursales», en *ADCon*, 2014, núm. 31, pp. 65-90.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.: «La necesaria observancia del interés superior del menor en la contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional. Sentencia de 3 de febrero de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 457-472.
- MARTOS CALBRÚS, M.^a Angustias: «El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013», en *RDC*, núm. 1, 2014, pp. 91-102.
- MAS-GUINDAL GARCÍA, Julia: «La improcedencia del cobro de cuota de cancelación anticipada en un contrato de swap a la luz de los criterios de interpretación del Código Civil», en *RDBB*, núm. 131, 2013, pp. 219-246.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «Contratos de mantenimiento de aparatos elevadores: ¿existe nulidad en cuanto a las cláusulas de duración, prórroga forzosa y penalización por resolución unilateral?», en *La Ley*, núm. 8297, 2014.
- MERCADER, Jesús: «Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso», en *ADCon*, 2014, núm. 31, pp. 91-121.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESEOS, Jesús Alberto: «El concepto de contrato y su formación en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2013.

- MILÁ RAFEL, Rosa: «Disposición adicional séptima LOE. El tercero llamado al proceso por el agente demandado no tiene la condición de parte demandada si el actor no solicitó su condena. Sentencia de 26 de septiembre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 113-135.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en *RJUAM*, núm. 27, 2013, pp. 223-252.
- MIRALBELL GUERIN, Luis M.^a «El revuelo de las cláusulas abusivas en las hipotecas», en *La Ley*, núm. 8235, 2014.
- MIRANDA SERRANO, Luis M. y GARCÍA MANDALONIZ, Marta: «Morosidad y Ley 11/2013 de medidas de apoyo al emprendedor», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 93-132.
- MOLLAR Y PIQUER, M.^a Pilar y VILAR GONZÁLEZ, Silvia: «La responsabilidad del notario por actos de sus empleados», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2013.
- MORENO DE LA SANTA GARCÍA, Enrique: «Una propuesta de adaptación del régimen de la prenda de valores de nuestro ordenamiento jurídico a las necesidades actuales del mercado financiero», en *RDBB*, núm. 131, 2013, pp. 179-218.
- MUÑOZ, Joaquín: «El llamado «derecho al olvido» y la responsabilidad de los buscadores: comentario a la sentencia del TJUE de 13 de mayo 2014», en *La Ley*, núm. 8317, 2014.
- NAVAS GLEMBOTZKY, Juan Ramón: «El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones», en *InDret*, 2014/2.
- NOVAL MUÑOZ, Nieves: «El *id quod interest* y la determinación de los daños morales en Derecho Comparado», en *PDD*, núm. 118, 2014, pp. 114-121.
- PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.^a Concepción: «El depósito de valores en la propuesta del nuevo Código Mercantil», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2014, pp. 53-79.
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando y GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 15-42.
- PAPAYANNIS, Diego M.: «La responsabilidad civil como asignación de pérdidas», en *InDret*, 2014/1.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «*Denegatio actionis* por ilicitud penal de la causa del contrato. Sentencia de 25 de enero de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 401-415.
- «Sentencia de 25 de julio de 2013. Resolución de contratos de tracto único por incumplimiento anterior al concurso», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 479-490.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.^a del Pilar: «El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico», en *RJUAM*, núm. 28, 2013, pp. 285-306.

- PÉREZ CONESA, Carmen: «Suspensión de ejecución hipotecaria. Cláusulas abusivas sobre interés moratorio y vencimiento anticipado. Cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander (Auto de 19 de noviembre de 2013)», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 61-67.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «La compraventa de viviendas en el Derecho cubano: entre luces y tinieblas», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2013.
- PESTANA DE VAXONCELOS, J. Miguel: «A monetarizaçao dos créditos de empréstimos bancários», en *RDBB*, núm. 131, 2013, pp. 61-96.
- PINTOS SANTIAGO, Jaime: «Concepto y delimitación normativa del actual sistema general de mediación civil y mercantil», en *La Ley*, núm. 8278, 2014.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor hipotecario», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 207-232.
- QUESADA PÁEZ, Abigail: «El contrato de alimentos», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 99-130.
- QUINTÁNS EIRAS, M.^a Rocío: «El contrato de seguro en el proyecto de armonización del derecho contractual europeo», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 293-326.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Venta de cosa común realizada por unos condóminos sin el consentimiento de los restantes. Validez obligacional e ineficacia real frente a los condóminos que no consintieron. Sentencia de 15 de enero de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 381-400.
- RAJOY BREY, Enrique: «La privación del derecho por el Registro de la Propiedad: requisitos», en *RCDI*, núm. 741, 2014, pp. 251-291.
- RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge: «La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo», en *Indret*, 2013/4.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «Deudas nacidas de la misma relación jurídica: ¿compensación o excepción de contrato no cumplido?», en *La Ley*, núm. 8277, 2014.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «La interposición de acción rescisoria por fraude de acreedores como vía para una protección más efectiva del derecho de crédito. Sentencia de 7 de septiembre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 57-67.
- «Análisis jurídico sobre la adecuación de las cláusulas limitativas de responsabilidad en el contrato de handling a los límites dados desde el ámbito jurídico internacional y europeo», en *RDM*, núm. 289, 2013, pp. 285-307.
- SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C. I., RUBÍ PUIG, A., RAMOS GONZÁLEZ, S., TERRA IBÁÑEZ, A.: «Daños tardíos», en *Indret*, 2014/1.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia: «130 casos de derecho de daños: (2004-2012)», en *Indret*, 2014/1.

- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «Sentencia de 18 de diciembre de 2012. La *exceptio non adimpleti contractus* frente a la solicitud de inclusión de un crédito en la lista de acreedores», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 71-98.
- SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos: «Punto y final en el denominado caso «Urbanor»: comentario de la STS Pleno, Sala Civil, de 14 de enero de 2014», en *La Ley*, núm. 8235, 2014.
- «Incumplimiento esencial versus «incumplimiento prestacional con trascendencia resolutoria»: una apuesta por su clarificación doctrinal y práctica», en *La Ley*, núm. 8303, 2014.
- SELIGRAT GONZÁLEZ, Víctor Manuel: «Contratos deportivos y protección de menores», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2014.
- SENÉS MOTILLA, M. Carmen: «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?», en *RDC*, núm. 1, 2014, pp. 49-68.
- SERRANO CHAMORRO, M.º Eugenia: «¿Cómo valoramos los intereses de demora por el impago de la hipoteca?», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2013.
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: «La protección de los deudores hipotecarios: aspectos sustantivos y de la denominada venta extrajudicial», en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, 2013.
- SIRVENT GARCÍA, Jorge: «Permuta de cosa ajena y saneamiento por evicción», en *RdPat*, núm. 33, 2014, pp. 159-185.
- VALENZUELA GARACH, Francisco Javier: «Reconocimiento y clasificación de un crédito concursal derivado de un contrato de compraventa C.I.F.», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2013, pp. 111-130.
- VAQUERO PINTO, M.ª José: «Entrega de la cosa en la compraventa inmobiliaria y término esencial. Condición resolutoria expresa y pacto resolutorio. Sentencia de 29 de noviembre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 287-313.
- VILLAFÁÑEZ PÉREZ, Itziar: «Sentencia de 25 de abril de 2013. Penalización por lucro cesante unida a la prórroga del contrato de abanderamiento de estación de servicio y suministro en exclusiva», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 225-244.
- VIOLA DEMESTRE, Isabel: «Resolución del contrato de compraventa por inhabilidad del objeto. *Restitutio in integrum*. Indemnización de daños y perjuicios. Sentencia de 18 de julio de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 15-32.
- VITERI ZUBÍA, Ibon: «Resolución del contrato de compraventa por falta de entrega del aval de cantidades anticipadas. Sentencia de 5 de febrero de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 473-485.
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «Naturaleza jurídica de la invitación a comprar», en *RdPat*, núm. 33, 2014, pp. 287-334.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «La suspensión de los lanzamientos sobre viviendas de colectivos especialmente vulnerables: a propósito de los presupuestos

señalados en la Ley 1/2013, de 13 de mayo», en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, 2013.

ZURUTUZA ARIGITA, Iñaki: «Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor», en *ACM*, vol. 2, núm. 6, 2013, pp. 65-105.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ACHÓN BRUÑÉN, M.^a José: «Consejos prácticos para que las comunidades de propietarios puedan cobrar las cantidades debidas por los copropietarios morosos», en *La Ley*, núm. 8238, 2014.

ADAN DOMENECH, Federico: «La reforma de la ejecución hipotecaria», en *RDBB*, núm. 132, 2013, pp. 203-222.

ALONSO MAS, M.^a José: «Dominio público marítimo-terrestre y propiedad privada tras la Ley 2/2013», en *RCDI*, núm. 742, 2014, pp. 463-522.

ÁLVAREZ OLALLA, M.^a Pilar: «La opción de compra bajo sospecha. La DGRN perfila su doctrina sobre los requisitos para la cancelación de cargas inscritas con posterioridad a la opción», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 51-58.

— «Las obras en la Comunidad de Propietarios tras la reciente reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», en *ACM*, vol. 2, núm. 5, 2013, pp. 45-54.

ANTA GONZÁLEZ, Jaime Francisco: «Una aproximación crítica a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», en *La Ley*, núm. 8237, 2014.

ARNÁIZ RAMOS, Rafael: «Comentario a la RDGRN de 5 de noviembre de 2013, en relación con la inscripción de obras nuevas «antiguas» y determinación del plazo de prescripción cuyo transcurso ha de ser calificado», en *RDC*, núm. 2, 2014, pp. 221-232.

ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: «La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico», en *RCDI*, núm. 740, 2013, pp. 3671-3702.

AVILÉS GARCÍA, Javier: «Resolución de 30 de agosto de 2013. Recurso interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Granada núm. 6 a inscribir una escritura de renuncia abdicativa de dominio», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 491-512.

BANACLOCHE PALAO, Julio: «Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada», en *La Ley*, núm. 8312, 2014.

BASTANTE GRANELL, Víctor: «La valoración de bienes inmuebles hipotecados tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo: ¿una reforma suficiente en protección del deudor hipotecario?», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Acerca de las reproducciones sobre papel mediante técnica fotográfica», en *ACM*, vol. 2, núm. 5, 2013, pp. 59-63.

- «Reprografía de libros y límites de derecho de autor en favor de la cita o de la ilustración de la enseñanza. Sentencia de 9 de enero de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 365-379.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «La garantía real en el precurso de acreedores», en *La Ley*, núm. 8314, 2014.
- «Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos», en *La Ley*, núm. 8285, 2014.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «Arrendamientos y ejecución hipotecaria: a propósito de la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2014.
- CRESPO GARRIDO, María: «Aspectos económicos, fiscales y presupuestarios de la propiedad intelectual. De las sociedades de intermediación a la financiación pública», en *RDNT*, núm. 33, 2013, pp. 21-38.
- DE REINA TARTIÈRE, Gabriel: «El valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad inmueble español», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2014.
- DELGADO RAMOS, Joaquín: «Especialidades en la constitución y ejecución de hipoteca sobre vivienda habitual tras la Ley 1/2013. Anexo: Guía práctica para la ejecución hipotecaria de vivienda habitual (por Francisco Sánchez Gálvez)», en *RDC*, núm. 2, 2014, pp. 183-220.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «La Enésima reforma fragmentaria del régimen de propiedad horizontal (esta vez por Ley 8/2013, de 26 de junio)», en *ACM*, vol. 2, núm. 6, 2013, pp. 43-62.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco Manuel: «Sentencia de 24 de mayo de 2013. Legitimación activa de los propietarios disidentes para impugnar los acuerdos adoptados en las juntas de propietarios en el régimen de la propiedad horizontal», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 299-312.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Los requisitos de constitución de la prenda de créditos en el Código Civil de Cataluña», en *RCDI*, núm. 740, 2013, pp. 3949-3971.
- FERNÁNDEZ CANALES, Carmen: «Nuevas tecnologías y propiedad horizontal», en *RDNT*, núm. 34, 2014, pp. 91-111.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Otra vez sobre la prenda de créditos futuros a propósito de una futura Ley de garantías mobiliarias», en *La Ley*, núm. 8291, 2014.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana: «La gestión colectiva obligatoria de derechos de propiedad intelectual a la luz de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014», en *La Ley*, núm. 8313, 2014.
- GALACHO ABOLAFIO, Antonio F.: «Sentencia de 9 de julio de 2013. Caducidad de la marca por falta de uso real y efectivo, según las exigencias de la normativa marcaria y del sector del mercado en que se da dicho uso», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 407-428.

- GALINDO ARAGONCILLO, Alicia y NAVARRO CODERQUE, Fernando: «El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía», en *La Ley*, núm. 8314, 2014.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2012. La interpretación del concepto de «compensación equitativa» por el Tribunal de Justicia de la UE y su impacto en el sistema español (cuestión prejudicial ante el TJUE)», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 27-52.
- GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán: «La teoría del Derecho real construida a partir de la Constitución», en *RJNot*, núm. 84, 2012, pp. 125-186.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: «Inscripción de nueva cláusula estatutaria que prohíbe el uso de elementos comunes por destino a los propietarios morosos. Resolución de 23 de octubre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 185-199.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Las modificaciones derivadas de las STJUE 14 de Marzo 2013 acerca del procedimiento ejecutivo hipotecario y las cláusulas abusivas», en *RJUAM*, núm. 27, 2013, pp. 355-372.
- LERNER, Pablo: «La protección a los deudores hipotecarios. Soluciones e interrogantes en la Ley israelí», en *RCDI*, núm. 740, 2013, pp. 4041-4072.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José M.^a «La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: una discusión abierta para el debate», en *La Ley*, núm. 8279, 2014.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales», en *InDret*, 2014/2.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando: «Anticresis legal. Historia y proyección de la administración y posesión interina del acreedor hipotecario», en *RJUAM*, núm. 28, 2013, pp. 221-243.
- MATEO Y VILLA, Íñigo: «Inscripción de estatutos de la comunidad romana», en *RDC*, núm. 1, 2014, pp. 135-137.
- «La renuncia abdicativa del derecho real limitado y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RDC*, núm. 2, 2014, pp. 233-239.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en *RJUAM*, núm. 27, 2013, pp. 223-252.
- MIRALBELL GUERIN, Luis M.^a «El revuelo de las cláusulas abusivas en las hipotecas», en *La Ley*, núm. 8235, 2014.
- MORENO VELASCO, Víctor: «El derecho de vuelo en las situaciones de engalaberno: especial atención a la doctrina jurisprudencial», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2014.
- NAVAS OLÓRIZ, J. Ignacio: «Venta extrajudicial de bienes hipotecados», en *RDC*, núm. 1, 2014, pp. 121-130.
- NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: «La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria», en *RDC*, núm. 1, 2014, pp. 69-89.

- ORTEGA BERNARDO, Julia: «Derecho de propiedad y ordenanzas locales: precisiones actuales sobre el fundamento, alcance e intensidad de las normas locales en esta materia», en *RJUAM*, núm. 28, 2013, pp. 261-283.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Atribución del uso de la vivienda familiar «versus» derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013)», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2014, pp. 85-96.
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando y GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 15-42.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Suspensión de ejecución hipotecaria. Cláusulas abusivas sobre interés moratorio y vencimiento anticipado. Cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander (Auto de 19 de noviembre de 2013)», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 61-67.
- PETIT SEGURA, Miguel Ángel: «Propiedad horizontal. Sistema de distribución de gastos según la cuota de participación. Acuerdos comunitarios. Actos propios. Requisito de la unanimidad. Sentencia de 7 de marzo de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 517-522.
- PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, Juan Ignacio: «Meditaciones sobre el usufructo de un rebaño», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2014.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor hipotecario», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 207-232.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Venta de cosa común realizada por unos condóminos sin el consentimiento de los restantes. Validez obligacional e ineficacia real frente a los condóminos que no consintieron. Sentencia de 15 de enero de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 381-400.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael: «Las marinas y el nuevo «estacionamiento náutico» como derecho real, legal y administrativo en la reformada Ley de Costas», en *La Ley*, núm. 8214, 2013.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Sobre el acceso al Registro de la Propiedad del contrato del representante sin poder (con ocasión de la Resolución de la DGRN de 28 de mayo de 2013)», en *RCDI*, núm. 742, 2014, pp. 523-554.
- ROGEL VIDE, Carlos: «La copia privada de obras ajenas. Análisis de las normas contenidas, al respecto, en el Anteproyecto de Modificación de la Ley de Propiedad Intelectual, de 2013», en *RGLJ*, núm. 4, 2013, pp. 749-762.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y CASTAÑOS CASTRO, Paula: «La accesión industrial inmobiliaria en la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 740, 2013, pp. 3871-3945.
- SÁIZ GARCÍA, Concepción: «Los «podcasts» como herramienta de enseñanza en plan de Bolonia y la propiedad intelectual», en *RDNT*, núm. 33, 2013, pp. 39-56.

- SERRANO CHAMORRO, M.º Eugenia: «¿Cómo valoramos los intereses de demora por el impago de la hipoteca?», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2013.
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: «La protección de los deudores hipotecarios: aspectos sustantivos y de la denominada venta extrajudicial», en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, 2013.
- TORAL LARA, Estrella: «Sentencia de 23 de julio de 2013. Conservación de la hipoteca en la venta en globo de los bienes del concursado», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 461-478.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «La solución negociada ante la ejecución hipotecaria», en *RCDI*, núm. 740, 2013, pp. 3973-4006.
- VÁZQUEZ GARCÍA, Daniel: «Usucapión contra tabulas. La vigencia del artículo 1949 del Código Civil o su derogación tácita por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria: comentario a la STS, Pleno, 841/2013, de 21 de enero de 2014», en *La Ley*, núm. 8303, 2014.

DERECHO DE FAMILIA

- ABAD ARENAS, Encarnación: «La promesa de matrimonio en el Código Civil español: revisión del régimen jurídico y de las consecuencias patrimoniales del incumplimiento de los esponsales», en *RCDI*, núm. 742, 2014, pp. 307-352.
- «Libertad matrimonial y matrimonios forzosos», en *La Ley*, núm. 8288, 2014.
- BARRADA ORELLANA, Reyes: «Modificación de medidas en cuanto a la guarda de los hijos comunes. Valoración de la voluntad del menor. Improcedencia de la modificación. Sentencia de 25 de octubre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 201-216.
- «La naturaleza esencialmente compartida de la guarda», en *RJC*, núm. 3, 2013, pp. 599-635.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo: la garantía institucional del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo (A propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012)», en *RJUAM*, núm. 27, 2013, pp. 327-353.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia del TC de 23 de abril de 2013. Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 189-224.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «La llamada doble maternidad «por naturaleza»: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora (1)», en *La Ley*, núm. 8240, 2014.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra: «Obligación de alimentos entre cónyuges y obligación de alimentos para hijos menores como contenido de las medidas

- provisionales del art. 103 CC Devengo de la prestación. Sentencia de 30 de octubre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 217-234.
- CARRIÓN OLMOS, Salvador: «En torno a la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el derecho a contraer matrimonio», en *La Ley*, núm. 8286, 2014.
- CASADO CASADO, Belén: «El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal», en *RDF*, núm. 63, 2014, pp. 69-94.
- CUENA CASAS, Matilde: «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», en *RDC*, núm. 2, 2014, pp. 9-39.
- DE CASTRO VÍTORES, Germán: «Introducción al documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas) en el Derecho español. Algunas claves para su estudio», en *RCDI*, núm. 740, 2013, pp. 3703-3760.
- DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo: «La eficacia actual de las normas reguladoras de las parejas de hecho», en *ACM*, vol. 2, núm. 8, 2013, pp. 103-136.
- DE LAMA AYMÁ, Alejandra: «Posibilidad de modificar el régimen de guarda y custodia por incumplimiento del régimen de visitas. Criterios. Sentencia de 31 de enero de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 417-455.
- DE TORRES PEREA, José Manuel: «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor», en *La Ley*, núm. 8281, 2014.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar: un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia», en *La Ley*, núm. 8299, 2014.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 37-50.
- ECHVERRÍA ALBACAR, Ignacio: «Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril», en *La Ley*, núm. 8224, 2014.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/2003, de 23 de abril de 2013», en *ACM*, vol. 2, núm. 5, 2013, pp. 75-115.
- FOLGUERA CRESPO, José Ángel: «Pensión compensatoria y prestación de viudedad después de separación y divorcio: cambio jurisprudencial», en *La Ley*, núm. 8276, 2014.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Atribución de vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio. Sentencia de 15 de marzo de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 523-536.

- «El derecho de familia de inspiración islámica a la luz del derecho español», en *RDF*, núm. 61, 2013, pp. 59-76.
- IÑÍGUEZ DEL VAL, Susana: «Sentencia de 29 de abril de 2013. De la excepción a la realidad de la custodia compartida. Criterios para su atribución», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 245-268.
- KRASNOW, Adriana Noemí: «La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina», en *Indret*, 2014/1.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «La convivencia con hijos mayores de edad», en *RGLJ*, núm. 4, 2013, pp. 685-714.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria: «La nueva noción del matrimonio: vista por el Tribunal Constitucional», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2013.
- LORENZO-REGO, Irene: «Diversidad y novedades de los regímenes económicos matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2013.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a del Mar: «Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria», en *RCDI*, núm. 742, 2014, pp. 383-412.
- MARTÍN NÁJERA, M.^a Teresa: «Problemática en torno a la pensión alimenticia», en *RDF*, núm. 61, 2013, pp. 25-58.
- MONTESINOS GARCÍA, Ana: «La flexibilización del requisito de la formulación expresa de la reconvencción en los procesos matrimoniales. Sentencia de 10 de septiembre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 69-89.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: «Sentencia de 30 de abril de 2013. La reducción de la pensión alimentaria por nuevos hijos», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 269-280.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «La autonomía de la voluntad en el Reglamento europeo sobre la ley aplicable al divorcio y la separación judicial», en *La Ley*, núm. 8271, 2014.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La titularidad en el régimen de separación de bienes: aplicación del principio de subrogación real. Propuestas alternativas. El negocio fiduciario», en *RDF*, núm. 63, 2014, pp. 63-68.
- MUÑOZ CATALÁN, Elisa: «Consentimiento viciado o error en los matrimonios de conveniencia celebrados desde la antigua Roma», en *RJUAM*, núm. 27, 2013, pp. 253-271.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Alimentos a favor de los hijos en supuestos de ruptura matrimonial: conciliación con el régimen general de alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil (1)», en *La Ley*, núm. 8224, 2014.
- NANCLARES VALLE, Javier: «La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo», en *RCDI*, núm. 741, 2014, pp. 195-250.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Atribución del uso de la vivienda familiar «versus» derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal

- Supremo de 15 de marzo de 2013)», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2014, pp. 85-96.
- «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 59-67.
- PAREJO CARRANZA, Antonio José: «El derecho a una compensación económica tras la ruptura de la unión no matrimonial. Una revisión tras las SSTC 81/2013, de 11 de abril, y 93/2013, de 23 de abril», en *RDC*, núm. 2, 2014, pp. 113-147.
- PARRÓN CAMBERO, M.^a Jesús: «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», en *La Ley*, núm. 8269, 2014.
- «¿Mater semper certa est?», en *La Ley*, núm. 8293, 2014.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Doctrina formulada por el Tribunal Supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al interés del menor, coincida o no con la compartida», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2013, pp. 39-45.
- «Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio», en *ACM*, vol. 2, núm. 8, 2013, pp. 61-102.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal: «Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del art. 97 CC», en *RDF*, núm. 60, 2013, pp. 23-43.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «Relaciones personales y patrimoniales en las uniones de hecho formalizadas. La Ley 5/2012, de la Generalitat Valenciana», en *RGLJ*, núm. 4, 2013, pp. 715-748.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: «Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil», en *RDF*, núm. 62, 2014, pp. 25-62.
- RODRIGO, Boti G.: «La ley 13/2005 de «Matrimonio igualitario» y la FELGTB», en *RJUAM*, núm. 27, 2013, pp. 321-323.
- ROMERO COLOMA, Aurelia M.^a «La nulidad del convenio regulador por vicios de consentimiento», en *La Ley*, núm. 8215, 2013.
- «Los incumplimientos del régimen de visitas y su problemática jurídica», en *La Ley*, núm. 8267, 2014.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Miguel: «La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014», en *La Ley*, núm. 8293, 2014.
- SCHERPE, Jens M.: «Estudio comparativo del tratamiento de los bienes no matrimoniales, de su indexación y de sus aumentos de valor», en *Indret*, 2014/2.

- SUSIN CARRASCO, Esther: «La relación entre el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento del Consejo (CE) 2201/2003 en casos de sustracción internacional de menores», en *RDF*, núm. 60, 2013, pp. 45-67.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Sentencia de 19 de julio de 2013. Modificación de la guarda única por la custodia compartida con el argumento de que dicha medida es más beneficiosa para los hijos», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 451-460.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español», en *La Ley*, núm. 8279, 2014.
- «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo: de nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014», en *La Ley*, núm. 8309, 2014.
- VELASCO RETAMOSA, José Manuel: «Unificación y armonización del derecho de familia en Europa», en *RDF*, núm. 61, 2013, pp. 77-88.
- VITERI ZUBIA, Ibon: «La trascendencia de la violencia de género en los procesos matrimoniales de separación y divorcio», en *RDF*, núm. 60, 2013, pp. 69-97.

DERECHO DE SUCESIONES

- BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: «No se puede exigir el certificado sucesorio para inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes heredados de un causante alemán», en *La Ley*, núm. 8262, 2014.
- CORERA IZU, Martín: «Testamento vital», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2014.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «El Reglamento Sucesorio europeo: El principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la *lex rei sitae*. Especial referencia al certificado sucesorio», en *RCDI*, núm. 741, 2014, pp. 67-112.
- DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «El legado de empresa familiar (Primera parte)», en *RJNot*, núm. 85, 2013, pp. 149-220.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Testamento ológrafo: ¿transformarse, o morir?», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2013.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «El reflejo de la obligación de conservar y la subrogación real en el fideicomiso de residuo si aliquid supererit. Sentencia de 30 de octubre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 235-258.
- GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, Juan Luis: «El certificado sucesorio europeo», en *RCDI*, núm. 741, 2014, pp. 113-151.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José Manuel: «La donación mortis causa en el Código Civil (125 aniversario)», en *RJNot*, núm. 85, 2013, pp. 423-504.
- HIDALGO GARCÍA, Santiago: «Las llamadas sucesiones vacantes en el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012», en *RDC*, núm. 2, 2014, pp. 41-72.

- IMAZ ZUBIAUR, Leire: «Sentencia de 1 de marzo 2013. La aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad respecto de relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución en el marco de una sustitución fideicomisaria», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 132-158.
- IRURZUN GOICA, Domingo: «Función del acta de notoriedad en el abintestato», en *RDC*, núm. 2, 2014, pp. 149-170.
- QUINZÁ REDONDO, Pablo: «Título sucesorio y prueba del derecho extranjero. Resolución de 14 de noviembre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 259-275.
- RUEDA ESTEBAN, Luis: «Ejecución de la fiducia sucesoria del artículo 831 (125 aniversario del Código Civil)», en *RJNot*, núm. 85, 2013, pp. 325-404.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Los derechos legitimarios del cónyuge viudo en el Código Civil», en *RJNot*, núm. 84, 2012, pp. 329-393.
- URÍA RODRÍGUEZ, Isabel: «Ley aplicable a un pacto sucesorio de institución recíproca con elemento extranjero: régimen del artículo 9.8 CC y régimen del reglamento europeo de sucesiones», en *RDC*, núm. 1, 2014, pp. 131-134.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación», en *RDM*, núm. 289, 2013, pp. 35-42.
- BOET SERRA, Elena: «Protección de las creaciones de forma: (Análisis jurídico de los límites entre el diseño, la marca, el derecho de autor y la competencia desleal)», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 401-450.
- CONDE FUENTES, Jesús: «El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo: Refinanciación y reestructuración deuda empresarial», en *RDC*, núm. 2, 2014, pp. 171-182.
- CORDERO, Encarna: «La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real», en *La Ley*, núm. 8272, 2014.
- CUENA CASAS, Matilde: «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start», en *ADCon*, 2014, núm. 31, pp. 123-159.
- DAMBORENEA AGORRIA, Íñigo: «Responsabilidad del gestor de carteras de inversión», en *RDBB*, núm. 132, 2013, pp. 169-199.
- DEL VALLE URZAIZ, Jorge: «La ampliación discrecional del plazo de caducidad en los procedimientos actualmente en curso ante la Comisión Nacional de la Competencia a la vista de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2013», en *GJ*, núm. 35, 2013, pp. 40-43.

- FERRER VIEYRA, Enrique: «La ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Una visión desde el Derecho de la Competencia», en *GJ*, núm. 35, 2013, pp. 16-21.
- GALACHO ABOLAFIO, Antonio F.: «Sentencia de 9 de julio de 2013. Caducidad de la marca por falta de uso real y efectivo, según las exigencias de la normativa marcaria y del sector del mercado en que se da dicho uso», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 407-428.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «La prescripción y la caducidad en el Libro VII de la Propuesta de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 33-76.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La familia empresaria: el cambio generacional en las empresas familiares (125 aniversario del Código Civil)», en *RJNot*, núm. 85, 2013, pp. 405-422.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «Marcas comunitarias y denominaciones geográficas nacionales (estudio sobre las condiciones sustantivas de protección de una denominación de origen registrada frente a una solicitud de marca posterior)», en *RDM*, núm. 289, 2013, pp. 309-336.
- GONDRÁ ROMERO, José María: «La deconstrucción del concepto del derecho mercantil en aras de la unidad de mercado: una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 27-52.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: «Un nuevo instrumento financiero: el derecho de emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera», en *RDBB*, núm. 131, 2013, pp. 121-154.
- LEMA DEvesa, Carlos: «La publicidad comparativa en la Unión Europea», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 313-326.
- MARTÍ MOYA, Vanessa: «La represión pública de la competencia desleal», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 491-520.
- MAZZARELLA, Ferdinando: «La construcción de la noción de empresa en la cultura jurídica de la Europa industrial», en *RJUAM*, núm. 27, 2013, pp. 39-68.
- MEDRANO IRAZOLA, Sabiniano y DEL VALLE URZAIZ, Jorge: «La falta de individualización de la sanción en la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia: un serio problema de indefensión», en *GJ*, núm. 35, 2013, pp. 22-39.
- MIRANDA SERRANO, Luis M. y GARCÍA MANDALONIZ, Marta: «Morosidad y Ley 11/2013 de medidas de apoyo al emprendedor», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 93-132.
- MOSCOSO DEL PRADO GONZÁLEZ, Luis: «Regulación y competencia en el sector energético: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las obligaciones de servicio público», en *GJ*, núm. 35, 2013, pp. 9-15.
- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «El concurso de acreedores del Emprendedor de Responsabilidad Limitada: incongruencias normativas (I)», en *La Ley*, núm. 8230, 2014.

- «Pérdida del beneficio reconocido al Emprendedor de Responsabilidad Limitada», en *La Ley*, núm. 8230, 2014.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «El Título Preliminar de la propuesta de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 11-26.
- OLMEDO PALACIOS, Manuel: «La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en *La Ley*, núm. 8237, 2014.
- PÉREZ RIVARÉS, Juan Antonio: «Instrumentos de coordinación en la Unión Europea en materia de rescate y resolución de entidades financieras», en *RDBB*, núm. 131, 2013, pp. 97-120.
- PETIT CALVO, Carlos: «El Código de Comercio de Sainz de Andino (1829): algunos antecedentes y bastantes críticas», en *RDM*, núm. 289, 2013, pp. 109-151.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 43-72.
- «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal: Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo (1)», en *La Ley*, núm. 8271, 2014.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel José: «El derecho mercantil y el proceso de unificación del derecho privado», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 127-142.
- SAMPOL PUCURULL, Miquel: «De justicias justas y abogados de la Unión: problemas de la fusión de la aplicación pública y privada del Derecho a la competencia. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012, asunto Otis, C-199/11», en *REDE*, núm. 48, 2013, pp. 103-124.
- TENA ARREGUI, Rodrigo: «Un código nuevo en odres viejos», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 69-84.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Efectos del concurso de sociedad integrante de una unión temporal de empresas sobre el resto de sociedades integrantes de la unión y sus acreedores», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 397-400.
- ALONSO UREBA, Alberto y RONCERO SÁNCHEZ, Antonio: «Los programas de remuneración del accionista vinculados a la entrega de acciones (scrip dividends) y el cómputo del dividendo mínimo como presupuesto de la retribución de los administradores basada en beneficios», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 383-396.
- ATTANASIO, Francesca: «El rol del capital social en la sociedad de responsabilidad limitada simplificada en Italia: análisis comparativo de las experiencias de sociedad de responsabilidad limitada sin capital mínimo en Europa», en *DN*, núm. 272, 2013, pp. 23 – 33.
- AUGUSTATOS ZARCO, Nicolás: «Sentencia de 5 de junio de 2013. Transformación y adaptación: semejanzas y diferencias. El derecho de informa-

- ción del socio con ocasión de la adaptación de la sociedad», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 313-332.
- BARBA FAU, Sandra: «La evaluación del Consejo de Administración como instrumento al servicio del gobierno corporativo», en *InDret*, 2014/2.
- BOLDÓ RODA, Carmen y MARTÍ MOYA, Vanessa: «El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisitado a la luz de la reciente jurisprudencia», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 455-472.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «La convocatoria de la Junta General en la Propuesta de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 77-126.
- CARRASCO PERERA, Ángel: ««Aventuras, inventos y mixtificaciones» en el debate relativo a las participaciones preferentes», en *RDBB*, núm. 133, 2014, pp. 7-52.
- CRUCES PASTOR, Esther: «Sentencia de 14 de marzo de 2013. Derecho de separación sin justa causa en prestaciones accesorias», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 159-170.
- CRUZ RIVERO, Diego: «Las comunicaciones electrónicas entre la sociedad y los socios», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 267-312.
- EMBED IRUJO, José Miguel: «Los grupos de sociedades en la propuesta de Código mercantil», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 53-68.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, Íñigo: «La separación y exclusión de socios en las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 281-330.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Los problemas societarios y de gobierno corporativo del llamado “voto vacío” (“empty voting”)», en *RDM*, núm. 289, 2013, pp. 153-214.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo: «La acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», en *RJC*, núm. 3, 2013, pp. 709-723.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: «La licitud de cesión de derechos políticos de acciones como pacto parasocial (a propósito de la STS de 23 de octubre de 2012)», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 473-494.
- FERRANDO VILLALBA, M.^a de Lourdes: «Algunas reflexiones sobre la regulación de la segregación en la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *RdPat*, núm. 33, 2014, pp. 109-124.
- FLORES DOÑA, M.^a de la Sierra: «Propiedad oculta y voto vacío en la armonización de la transparencia corporativa», en *RDBB*, núm. 132, 2013, pp. 103-131.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «La subordinación de créditos de las sociedades del mismo grupo y de sus «socios comunes» (ámbito significado y de aplicación temporal del artículo 93.2.3.º LC)», en *RDBB*, núm. 132, 2013, pp. 77-99.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: «Los efectos de la declaración de nulidad de los acuerdos sociales», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 141-170.
- GARCÍA RUIZ, Encarnación: «El régimen legal de las sociedades laborales sometido a revisión», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 249-280.

- GIMENO RIBES, Miguel: «Fin de protección de la norma y “Merger Leveraged Buy-Out” en la Sociedad Limitada: entre la “*existenzvernichtungshaftung*” y el informe de expertos independientes», en *RDM*, núm. 289, 2013, pp. 247-283.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «Primeas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores sociales en la propuesta de código mercantil», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 331-377.
- GUIZZI, Giuseppe: «Responsabilidad de los administradores e insolvencia: apuntes para una comparación entre las experiencias jurídicas italiana y española», en *RdPat*, núm. 33, 2014, pp. 71-107.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: interés de la sociedad e intereses en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la «tercera vía» societaria», en *RDBB*, núm. 133, 2014, pp. 79-126.
- «Los acuerdos de la Junta General de las Sociedades de Capital y el interés social: impugnación y otras consideraciones en el entorno de la crisis económica», en *RJNot.*, núm. 85, 2013, pp. 11-70.
- HUERTA VIESCA, M.^a Isabel: «En torno a la propuesta de directiva comunitaria, sobre equilibrio de género e igualdad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas de la unión europea, com (2012) 614 final, 2012/0299 (cod)», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 217-248.
- IÑIGUEZ ORTEGA, Pilar: «Liquidación de sociedades en supuestos de insuficiencia patrimonial con un sólo acreedor: imposibilidad de inscripción sin resolución judicial», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 511-528.
- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Exclusión del socio administrador titular de una participación igual o superior al 25% del capital de una sociedad de responsabilidad limitada. Exigencia de resolución firme y su eficacia consultiva. Sentencia de 27 de mayo de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 597-611.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel: «La reserva de los derechos políticos en la compraventa de acciones con precio aplazado», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 271-292.
- JORDÁ GARCÍA, Rafael: «Derecho de sociedades y patrimonio neto tras la reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre», en *RDBB*, núm. 131, 2013, pp. 155-178.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «Verificación de cuentas anuales y elaboración del informe de gestión: nueva doctrina de la DGRN», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 69-76.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «El tribunal Supremo cierra la brecha abierta por la dirección general de los registros y del notariado en la aplicación de la Ley de sociedades profesionales», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 495-510.
- LUCEÑO OLIVA, José Luis y GUERRERO CAMACHO, Eva: «El futuro de la junta general y del órgano de administración: apuntes al informe de la

- Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo», en *La Ley*, núm. 8218 2013.
- MARTÍNEZ FLOREZ, Aurora y RECALDE CASTELLS, Andrés Juan: «Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 171-212.
- MASA BURGOS, José Miguel: «Reflexiones sobre la posible creación de una bolsa de denominaciones societarias y sus problemas», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2013.
- MAYA MAYA, M.^a Luisa: «Sentencia de 25 de junio de 2013. Los Consejeros Delegados y la cláusula de blindaje», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 371-390.
- MEGÍAS LÓPEZ, Javier: «Abuso de mayoría y de minoría en las sociedades de capital cerradas», en *RDBB*, núm. 132, 2013, pp. 7-50.
- MORENO SERRANO, Enrique: «El cese del presidente del consejo de una sociedad de capital en concurso», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 143-171.
- MOYA BALLESTER, Jorge: «La extinción de la sociedad en el ámbito societario y en el ámbito concursal», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 529-541.
- MUÑOZ PAREDES, José María: «El equilibrio del Consejo en las sociedades cotizadas: clases de consejeros y distribución de puestos», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 213-226.
- OLMEDO PERALTA, Eugenio: «La difícil naturaleza jurídica de la formulación de cuentas anuales: no acuerdo-no impugnabilidad», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 109-142.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «La anomalía de la retribución externa de los administradores: Hechos nuevos y reglas viejas», en *Indret*, 2014/1.
- «La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 85-140.
- PASTOR SEMPERE, M.^a del Carmen: «Algunas cuestiones concursales en torno a los acreedores de la sociedad escindida y de las operaciones intra-grupo», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 401-428.
- PERALES VISCASILLAS, M.^a del Pilar: «Convenio arbitral tipo elaborado por la comisión para estudio del arbitraje societario del club español del arbitraje», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 447-451.
- PERERA NAVAS, Victoria Elisa y MARTÍ MORENO, Jorge: «La supuesta simplificación de las obligaciones de información y documentación en las fusiones», en *La Ley*, núm. 8286, 2014.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «Forma de convocatoria de junta general y página web de la sociedad: matizaciones de -y a- la doctrina de la DGRN», en *ACM*, vol. 2, núm. 5, 2013, pp. 29-44.
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento: particularidades para el supuesto en que el canje haya

- sido impuesto por acto administrativo vinculante del FROB», en *La Ley*, núm. 8218 2013.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Reestructuración financiera, paraconcursalidad normativa y SAREB», en *RDBB*, núm. 133, 2014, pp. 53-78.
- «Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 23-58.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «La extinción de la sociedad sin declaración judicial de concurso en caso de falta de activo en la Propuesta de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 11-32.
- RAMOS MUÑOZ, David: «Reestructuración de grupo, responsabilidad sociedades beneficiarias de escisión/segregación parcial, y levantamiento del velo. Sentencia de 3 de enero de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 343-363.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: «La participación por medios electrónicos en las Juntas de Sociedad Limitada», en *RDM*, núm. 289, 2013, pp. 75-107.
- ROIG SÁNCHEZ, Anna: «Arrendamiento de inmuebles: local y empleado: requisitos mínimos pero no suficientes e incidencia en los grupos de sociedades», en *La Ley*, núm. 8265, 2014.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes: «El deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad (art. 229.1.LSC)», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 175-216.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Retribución de Administradores: Informe de Retribuciones y Aprobación Consultiva por la Junta General», en *RDBB*, núm. 133, 2014, pp. 269-294.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., FERNÁNDEZ TORRES, I., CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., FUENTES NAHARRO, M., GOMÁ LANZÓN, I., MEGÍAS LÓPEZ, J., VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., TAPIA HERMIDA, A. J., LUCAS MARTÍN, E. P.: «El estudio sobre propuestas de modificaciones normativas elaborado por la Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo», en *RDBB*, núm. 133, 2014, pp. 179-232.
- VAQUERIZO ALONSO, Alberto: «La emisión de acciones vinculadas a un sector de actividad de la sociedad emisora», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 59-108.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «La Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI): aspectos mercantiles», en *RdPat*, núm. 33, 2014, pp. 23-70.
- VIDAL PARDO DEL RÍO, María: «Procedimiento simplificado de segregación intragrupo», en *La Ley*, núm. 8247, 2014.
- VILARRUBIAS GUILLAMET, Felio: «Alcance de la suspensión del derecho de separación del socio por falta de reparto de dividendos», en *RDS*, núm. 41, 2013, pp. 429-443.

- VILLACORTA HERNÁNDEZ, Miguel Ángel: «Figuras a mejorar en el nuevo Código Mercantil: amortización de acciones rescatables», en *RdPat*, núm. 33, 2014, pp. 189-223.
- VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, Blanca: «Las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones y su relación con los principios configuradores de la sociedad anónima», en *RDBB*, núm. 131, 2013, pp. 35-60.
- VIVES RUIZ, F. y ARNAU TAPIAS, M.: «La Ley de Modificaciones Estructurales», en *InDret*, 2013/4.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- DE LA MATA MUÑOZ, Almudena: «Cumplimiento normativo y Banca Central», en *RDBB*, núm. 133, 2014, pp. 233-268.
- GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos: «La Comisión Nacional de los mercados y la competencia», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 359-400.
- LA CASA GARCÍA, Rafael: «Los modelos de organización institucional de las cajas de ahorro», en *RDBB*, núm. 131, 2013, pp. 7-34.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Sistema jurídico de control de la actuación de las agencias de calificación crediticia: el ámbito europeo y nacional», en *RDBB*, núm. 133, 2014, pp. 127-178.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan y TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Las agencias de calificación crediticia ante los nuevos retos regulatorios», en *RDBB*, núm. 132, 2013, pp. 51-76.

CONTRATOS MERCANTILES

- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Sentencia de 27 de junio de 2013. Imperatividad de la indemnización por clientela en el contrato de la agencia», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 391-406.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», en *RJUAM*, núm. 28, 2013, pp. 33-52.
- BERTI DE MARINIS, Giovanni: «La tutela del consumidor en la conclusión a través de internet de contratos sobre instrumentos financieros (un estudio desde la perspectiva del derecho italiano)», en *RDNT*, núm. 33, 2013, pp. 127-145.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Notas sobre la responsabilidad de las empresas gestoras de carteras de valores por las pérdidas en las inversiones de sus clientes», en *RdPat*, núm. 33, 2014, pp. 253-285.
- CUENA CASAS, Matilde: «Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales», en *RDGP*, núm. 20, 2014, pp. 161-185.
- DAMBORENEA AGORRIA, Íñigo: «Responsabilidad del gestor de carteras de inversión», en *RDBB*, núm. 132, 2013, pp. 169-199.

- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «La declaración de cláusula abusiva de intereses moratorios en el procedimiento monitorio. Su impacto en el sector bancario», en *RDBB*, núm. 132, 2013, pp. 133-166.
- FLAQUER RIUTORT, Juan: «Cargos de emisión y gestión en el billete aéreo electrónico», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 327-358.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «El contrato de cash pooling», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 233-266.
- GARCÍA GONZÁLEZ, César: «Matices diferenciadores entre el Seguro de Protección Jurídica y el de RC. Propuesta lege ferenda», en *ACM*, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 35-44.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil», en *RDC*, núm. 1, 2014, pp. 7-27.
- JUAN GÓMEZ, Mateo: «Los efectos del tiempo en la acción de nulidad dirigida frente a contratos bancarios», en *La Ley*, núm. 8255, 2014.
- LASCORZ COLLADA, M.^a Cruz: «Análisis jurisprudencial de la extinción de los contratos de distribución», en *ACM*, vol. 1, núm. 10, 2014, pp. 63-99.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes: «La mediación mercantil: especial referencia a la mediación en el marco concursal», en *La Ley*, núm. 8225, 2014.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Algunos apuntes sobre el proyectado desarrollo reglamentario de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *RDNT*, núm. 33, 2013, pp. 83-103.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo», en *RDBB*, núm. 133, 2014, pp. 295-344.
- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia: «Seguro e igualdad: la denominada norma de independencia del sexo», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 227-270.
- MAS-GUINDAL GARCÍA, Julia: «La improcedencia del cobro de cuota de cancelación anticipada en un contrato de swap a la luz de los criterios de interpretación del Código Civil», en *RDBB*, núm. 131, 2013, pp. 219-246.
- MORENO DE LA SANTA GARCÍA, Enrique: «Una propuesta de adaptación del régimen de la prenda de valores de nuestro ordenamiento jurídico a las necesidades actuales del mercado financiero», en *RDBB*, núm. 131, 2013, pp. 179-218.
- NAVAS GLEMBOTZKY, Juan Ramón: «El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones», en *InDret*, 2014/2.
- PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.^a Concepción: «El depósito de valores en la propuesta del nuevo Código Mercantil», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2014, pp. 53-79.
- PESTANA DE VAXONCELOS, J. Miguel: «A monetarização dos créditos de empréstimos bancários», en *RDBB*, núm. 131, 2013, pp. 61-96.

- PULGAR EZQUERRA, Juana: «La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor hipotecario», en *RDM*, núm. 291, 2014, pp. 207-232.
- QUINTÁNS EIRAS, M.^a Rocío: «El contrato de seguro en el proyecto de armonización del derecho contractual europeo», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 293-326.
- RIBAS FERER, Vicenç: «La financiación de proyectos como marco de referencia integrador de contratos de proyecto y contratos financieros», en *RDM*, núm. 289, 2013, pp. 217-245.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Análisis jurídico sobre la adecuación de las cláusulas limitativas de responsabilidad en el contrato de *handling* a los límites dados desde el ámbito jurídico internacional y europeo», en *RDM*, núm. 289, 2013, pp. 285-307.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, Eduardo: «El pagaré electrónico: *certus an, incertus quando*», en *La Ley*, núm. 8216, 2013.
- MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, María: «La *contemplatio domini* como requisito *ad probationem* de la representación cambiaria ¿un giro en la doctrina jurisprudencial?: a propósito de la STS 752/2013, de 12 de diciembre», en *La Ley*, núm. 8268, 2014.
- PÉREZ MILLÁN, David: «Codificación y descodificación de los títulos-valores», en *RDM*, núm. 289, 2013, pp. 43-71.

DERECHO CONCURSAL

- CABANAS TREJO, Ricardo: «La garantía real en el precurso de acreedores», en *La Ley*, núm. 8314, 2014.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Sentencia de 11 de julio de 2013. Naturaleza concursal de las cuotas derivadas de contrato de «leasing» con posterioridad al concurso», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 429-450.
- CUENA CASAS, Matilde: «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», en *ADCon*, 2014, núm. 31, pp. 123-159.
- ESPIN GUTIÉRREZ, Cristóbal: «Régimen concursal excepcional de la transmisión de activos a la SAREB», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 133-160.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «La subordinación de créditos de las sociedades del mismo grupo y de sus «socios comunes» (ámbito significado y de aplicación temporal del artículo 93.2.3.º LC)», en *RDBB*, núm. 132, 2013, pp. 77-99.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «La mediación concursal», en *ADCon*, 2014, núm. 31, pp. 11-63.

- GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: «Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 215-235.
- GARRIDO GARCÍA, José M.^a «Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», en *ADCon*, 2014, núm. 31, pp. 197-356.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «El conflicto de intereses de los administradores sociales y su eventual responsabilidad concursal», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 237-262.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Beatriz Dolores: «Sentencia de 19 de febrero de 2013. Control de la legalidad del convenio concursal», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 121-131.
- MARINAGARCÍA TUÑÓN, Ángel: «La rendición de cuentas de la administración concursal: contenido y alcance», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 73-92.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «Responsabilidad civil y penal de los administradores concursales», en *ADCon*, 2014, núm. 31, pp. 65-90.
- MERCADER, Jesús: «Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso», en *ADCon*, 2014, núm. 31, pp. 91-121.
- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «El concurso de acreedores del Emprendedor de Responsabilidad Limitada: incongruencias normativas (1)», en *La Ley*, núm. 8230, 2014.
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando y GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 15-42.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «La mediación (pre)-concursal», en *La Ley*, núm. 8264, 2014.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Reestructuración financiera, paraconcursalidad normativa y SAREB», en *RDBB*, núm. 133, 2014, pp. 53-78.
- «Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 43-72.
- «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal: Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo (1)», en *La Ley*, núm. 8271, 2014.
- RODRÍGUEZ CONDE, Carlos: «El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores de 2013», en *RJC*, núm. 4, 2013, pp. 919-953.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «Concurso del promotor y compraventa de vivienda en construcción», en *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 189-214.
- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel: «Los derivados en el concurso», en *InDret*, 2013/4.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», en *La Ley*, núm. 8230, 2014.

- SENÉS MOTILLA, M. Carmen: «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?», en *RDC*, núm. 1, 2014, pp. 49-68.
- TORAL LARA, Estrella: «Sentencia de 23 de julio de 2013. Conservación de la hipoteca en la venta en globo de los bienes del concursado», en *CCJC*, núm. 94, 2014, pp. 461-478.
- VALENZUELA GARACH, Francisco Javier: «Reconocimiento y clasificación de un crédito concursal derivado de un contrato de compraventa C.I.F.», en *ACM*, vol. 2, núm. 7, 2013, pp. 111-130.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ACEDO-RICO HENNING, Fernando: «Aspectos registrales de la Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas», en *RDU*, núm. 285, 2013, pp. 67-88.
- AMEZCUA ORMEÑO, Emilio: «La Renovación Urbana como manifestación del paradigma del urbanismo sostenible», en *RDU*, núm. 285, 2013, pp. 89-124.
- BASSOLS COMA, Martín: «El Derecho Urbanístico español y el Derecho de la Unión Europea», en *RDU*, núm. 285, 2013, pp. 13-36.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: «La protección del medio ambiente y la cultura como límite para las operaciones de reforma y renovación urbana: especial referencia a las actuaciones sobre cascos históricos», en *RUE*, núm. 40, 2014, pp. 85-121.
- CABELLO MARTÍNEZ, Gabriel: «Estudio de reciente jurisprudencia sobre la disciplina urbanística», en *RDU*, núm. 286, 2013, pp. 39-74.
- CASADO ECHARREN, Amaya y LÓPEZ FERRANDO, Cristina: «La regulación de la declaración responsable en el sistema de colaboración público privada del Ayuntamiento de Madrid en el marco de la legislación estatal y autonómica», en *RDU*, núm. 288, 2014, pp. 13-62.
- CASANOVA GÓMEZ, Carmen: «La restauración del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, tras su anulación parcial por resoluciones judiciales o la perpetua interinidad del Planeamiento General de nuestro país», en *RDU*, núm. 287, 2014, pp. 35-90.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica: «La Directiva de Servicios y su plasmación en el control municipal de los actos de uso del suelo y la edificación en la normativa española hasta la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas», en *RDU*, núm. 285, 2013, pp. 189-219.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «La rehabilitación, regeneración y renovación urbanas: contexto y desafíos a propósito de la Ley 8/2013, de 26 de junio», en *RUE*, núm. 40, 2014, pp. 15-38.

- GALERA RODRIGO, Susana: «Del ahorro de energía a la eficiencia energética: objetivos e instrumentos de las políticas europeas», en *RDU*, núm. 289, 2014, pp. 85-120.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, M.^a Luisa: «Informe sobre la regeneración urbana en España: nuevos instrumentos normativos en un escenario de cambios», en *RDU*, núm. 285, 2013, pp. 157-188.
- GÓMEZ MANRESA, M.^a Fuensanta: «Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas e iniciativa privada», en *RUE*, núm. 40, 2014, pp. 39-84.
- HUMERO MARTÍN, Antonio Eduardo: «Ley 8/2003 de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas: norma jurídica definitoria del contenido del artículo 47 de la Constitución española (hacia un modelo sostenible e integrador del tejido urbano)», en *RUE*, núm. 40, 2014, pp. 233-318.
- JIMÉNEZ BUESO, Álvaro: «Las edificaciones en situación de ruina en las decisiones recientes de los Tribunales Superiores de Justicia (2010-2013)», en *RDU*, núm. 286, 2013, pp. 13-38.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Jorge: «La rehabilitación, regeneración y renovación urbanas ante el Registro de la Propiedad», en *RUE*, núm. 40, 2014, pp. 123-172.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Apuntes de jurisprudencia registral (XIII)», en *RDU*, núm. 286, 2013, pp. 75-108.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta y HIRT, Sonia: «La compatibilidad de usos por defecto o por qué los europeos no zonificamos», en *RDU*, núm. 289, 2014, pp. 13-52.
- MARTÍN GARCÍA-MATOS, Carmen: «Control de la potestad discrecional de planificación urbanística y *ius variandi*: comentario a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos) de 20 de septiembre de 2013», en *RUE*, núm. 40, 2014, pp. 323-338.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: «La adaptación de la normativa urbanística a la Ley 8/2003: una oportunidad malograda», en *RUE*, núm. 40, 2014, pp. 173-231.
- MUÑOZ AMOR, M.^a del Mar: «La difícil tarea de poner “barreras administrativas al campo”», en *RDU*, núm. 286, 2013, pp. 145-198.
- NIETO GARRIDO, Eva María: «Emplazamiento personal a los afectados por la modificación puntual del Planeamiento Urbanístico en el contencioso-administrativo», en *RDU*, núm. 287, 2014, pp. 13-34.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «El procedimiento administrativo de control ambiental después de la directiva de servicios», en *RDU*, núm. 288, 2014, pp. 139-187.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «La gestión territorial del patrimonio industrial: bien cultural y recurso turístico», en *RDU*, núm. 288, 2014, pp. 63-108.
- PORTO REY, Enrique: «El informe de evaluación de edificios en la nueva Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas», en *RDU*, núm. 285, 2013, pp. 125-156.

- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca y RAMÓN TEMES CORDOVEZ, Rafael: «Incentivos para la renovación de las infraestructuras y edificaciones en los destinos turísticos maduros de Canarias: actuaciones sin traslado de alojamientos», en *RDU*, núm. 289, 2014, pp. 121-162.
- ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo: «Comentarios a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas», en *RDU*, núm. 285, 2013, pp. 67-88.
- RUIZ BURSÓN, Javier: «El tercero hipotecario frente a los deberes urbanísticos: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013», en *RUE*, núm. 40, 2014, pp. 339-355.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Verónica: «El marco constitucional del Derecho urbanístico mexicano», en *RDU*, núm. 289, 2014, pp. 163-198.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Juan Francisco: «La concesión de licencias de ocupación o utilización para las edificaciones en régimen asimilado al de fuera de ordenación en Andalucía», en *RDU*, núm. 289, 2014, pp. 53-84.
- TOLOSA TRIBIÑO, César: «La inejecución legal de sentencias de urbanismo. Especial referencia a la Ley de Cantabria 2/2011, de 24 de abril y su declaración de su inconstitucionalidad», en *RDU*, núm. 288, 2014, pp. 109-138.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel: «Autonomía del ordenamiento de la Unión y Derechos Fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta», en *REDE*, núm. 48, 2013, pp. 37-74.
- CARRIZO AGUADO, David: «La protección de los consumidores y usuarios en las operaciones de pago transfronterizas de la zona SEPA: análisis del Reglamento (UE) núm. 260/2012, de 14 de marzo», en *La Ley*, núm. 8257, 2014.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta: «Obligación de indemnizar por la aplicación de una Ley contraria al Derecho de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 49, 2014, pp. 127-149.
- DE PRADA, Mercedes y MARTÍN MARTÍN, Rosario: «El secretario judicial en el proceso de ejecución (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2014.
- FERNÁNDEZ ALLES, Joaquín y FERNÁNDEZ ALLES, M.^a Teresa: «El Derecho europeo sobre las autopistas del mar y su incorporación al ordenamiento español (2010-2013)», en *REDE*, núm. 49, 2014, pp. 55-89.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial», en *REDE*, núm. 48, 2013, pp. 9-35.
- GARCIMARTÍN MONTERO, Regina: «El interrogatorio de la parte en las reclamaciones civiles por interés colectivo», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2013.

- JOYA CARRASCO, Marina: «Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012», en *La Ley*, núm. 8247, 2014.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor: «El Convenio Europeo de Derechos Humanos ante violaciones masivas de derechos», en *REDE*, núm. 49, 2014, pp. 91-124.
- LÓPEZ GUERRA, Luis María: «Los Protocolos de reforma núm. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *REDE*, núm. 49, 2014, pp. 11-29.
- MADRID RODRÍGUEZ, Fernando: «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia (I) y Nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia (II): aspectos procesales», en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, 2013.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Algunas notas sobre las sorprendentes y cuestionables reformas de la asistencia jurídica gratuita», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2013.
- PÉREZ RIVARÉS, Juan Antonio: «Instrumentos de coordinación en la Unión Europea en materia de rescate y resolución de entidades financieras», en *RDBB*, núm. 131, 2013, pp. 97-120.
- SAMPOL PUCURULL, Miquel: «De justicias justas y abogados de la Unión: problemas de la fusión de la aplicación pública y privada del Derecho a la competencia. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012, asunto Otis, C-199/11», en *REDE*, núm. 48, 2013, pp. 103-124.
- SOLDEVILA FRAGOSO, Santiago: «La competencia de plena jurisdicción del Tribunal de Justicia de la UE frente a la justicia del Cadí», en *REDE*, núm. 49, 2014, pp. 31-53.

DERECHO PROCESAL

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: «La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH», en *InDret*, 2013/4.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del Pilar: «Principales novedades del Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Breve exposición de las novedades contenidas en el Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria presentado al Consejo de Ministros de 30 de octubre de 2013», en *ACM*, vol. 1, núm. 9, 2014, pp. 41-51.
- BLANCO GARCÍA, Ana Isabel: «Competencia objetiva de la acumulación de acciones «civiles-mercantiles» ¿Fin del debate? Sentencia de 10 de septiembre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 91-112.
- COMITE, Valeria di: «El principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE debida a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el derecho italiano», en *RDCE*, núm. 47, 2014, pp. 49-88.

- CORTÉS MARÍN, José Manuel: «Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de la presunción de su equivalencia con el CEDH», en *RDCE*, núm. 46, 2013, pp. 935-971.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Operadores jurídicos competentes en jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica», en *RJUAM*, núm. 28, 2013, pp. 53-65.
- «Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013», en *La Ley*, núm. 8273, 2014.
- GARBAYO BLANCH, Juan: «Acumulación de acciones. Acción de caducidad y acción de nulidad relativa. Sentencia de 8 de abril de 2013», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 557-577.
- GARCÍA PONS, Antonio: «La relevancia constitucional del error patente derivado de una resolución judicial firme. A propósito de la sentencia de 19 de enero de 2010 de la Sala Primera del Tribunal Supremo», en *RJNot*, núm. 84, 2012, pp. 35-106.
- GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo: «La prescripción de las medidas de seguridad», en *La Ley*, núm. 8277, 2014.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial», en *REDE*, núm. 48, 2013, pp. 9-35.
- LIPPMAN, Jonathan: «Interaction of Federal and State Judicial Systems: from New York to Barcelona», en *RJC*, núm. 3, 2013, pp. 587-596.
- MADRID RODRÍGUEZ, Fernando: «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia (I) y Nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia (II): aspectos procesales», en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, 2013.
- MILÁ RAFEL, Rosa: «Disposición adicional séptima LOE. El tercero llamado al proceso por el agente demandado no tiene la condición de parte demandada si el actor no solicitó su condena. Sentencia de 26 de septiembre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 113-135.
- MONTESINOS GARCÍA, Ana: «La flexibilización del requisito de la formulación expresa de la reconvencción en los procesos matrimoniales. Sentencia de 10 de septiembre de 2012», en *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 69-89.
- PERANAU MOYA, Joan: «El juicio de desahucio: modificaciones de la última reforma realizada por la Ley 4/2013, de 4 de junio», en *RJC*, núm. 3, 2013, pp. 637-656.
- PÉREZ DEL BLANCO, Gilberto: «Problemática procesal de la aplicación de la ley de tasas judiciales de 2012», en *RJUAM*, núm. 27, 2013, pp. 273-290.
- SALAS CARCELLER, Antonio: «La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia procesal», en *RJC*, núm. 4, 2013, pp. 873-889.
- SOLDEVILA FRAGOSO, Santiago: «La competencia de plena jurisdicción del Tribunal de Justicia de la UE frente a la justicia del Cadí», en *REDE*, núm. 49, 2014, pp. 31-53.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
ACM	Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdPat	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

InDret	www.indret.com
La Ley	Diario La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Gema ALVEAR LARA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Esther FARNÓS AMORÓS, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Francisco Luis SANTANA NAVARRO.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Acción declarativa del dominio. La acción declarativa de la propiedad no prescribe mientras no se haya consumado por un tercero la usucapión de la cosa sobre la que se dirige la acción protectora del dominio.–La acción declarativa de la propiedad no prescribe de forma autónoma. Mientras el demandante sea portador de un interés legítimo y resulte ser el propietario, está legitimado para reclamar la protección de su derecho de propiedad. Del propio modo que si el demandante nunca fue dueño o hubiera dejado de serlo no podrá accionar en defensa de su derecho.

La acción declarativa del dominio en cuanto facultad del derecho de propiedad no prescribe de forma independiente.–La acción declarativa de un derecho constituye la proyección procesal de la facultad de su titular de defenderlo, dotándole de certeza, de modo que sigue la suerte del mismo –lo que, en esta materia, se expresa con el brocardico *in facultatibus non datur praescriptio* –las facultades no prescriben–. (**STS de 19 de noviembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Los demandantes interponen una acción declarativa del dominio para reclamar la titularidad de unas fincas. Los demandados, tras afirmar que las fincas reclamadas son en realidad una sola, alegan que son los verdaderos dueños del bien en base a dos argumentos: primero, a causa de las compraventas celebradas con la verdadera titular dominical y, segundo, a causa de la adquisición originaria de la propiedad por usucapión. También alegaron la excepción de prescripción extintiva de la acción declarativa del dominio. La demanda fue desestimada en las dos instancias, aunque por motivos diferentes. El Juzgado entendió que los demandados habían adquirido el dominio de las fincas por usucapión. La Audiencia Provincial consideró que la acción declarativa del dominio había prescrito por el transcurso de 30 años. El Tribunal Supremo estima el motivo de Casación (imprescriptibilidad autónoma de la acción declarativa del dominio) pero desestima el recurso en base a la regla de equivalencia de los resultados conforme al cual procede desestimar el recurso cuando la decisión recurrida debe ser mantenida en base a otros argumentos.

NOTA.—Es una sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo y en la misma se acoge la tesis de que la prescripción extintiva de las acciones de defensa de la propiedad y la usucapión son dos aspectos de un mismo fenómeno jurídico. De modo que la acción declarativa del dominio sólo se extingue por prescripción extintiva cuando en el demandado concurren los requisitos necesarios para que se produzca en su favor la adquisición del derecho por usucapión. Sin embargo, tal planteamiento no es aceptado por dos magistrados que formularon votos particulares. El primer voto particular lo formula el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, que no comparte la afirmación de la Sala de que la acción declarativa de propiedad «no prescribe aisladamente considerada». Sostiene en su voto particular que la eliminación de la autonomía de la prescripción extintiva frente a la usucapión vulnera el artículo 1963 CC que de forma clara distingue entre uno y otro concepto. Considera, en este sentido, que tanto la acción reivindicatoria como la declarativa de propiedad, en cuanto acciones de carácter real, prescriben sin más, si es sobre muebles, por el paso de seis años, y si es sobre inmuebles, por el de treinta; de forma que, aunque nadie haya llegado a usucapir la cosa, tales acciones se extinguen de todos modos por respeto a un principio elemental de seguridad jurídica. Por ello, el usucapiente puede oponer frente a la reivindicatoria o frente a la acción declarativa del dominio la excepción de prescripción porque la prescripción extintiva es una pérdida (de la acción) sin adquisición y la usucapión es una adquisición que acarrea una pérdida. El segundo voto particular lo formula el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán que difiere de la sentencia señalando que, conforme a los hechos, la verdadera naturaleza de la acción ejercitada es la de una acción reivindicatoria y que ésta prescribe de forma autónoma, aunque el plazo no comienza a correr sino desde que el demandado entró en posesión de la cosa reivindicada. Tampoco comparte la jurisprudencia que en la que se apoya la Sala para considerar imprescriptible la acción declarativa de propiedad en cuanto que las sentencias que se citan se refieren a acciones perso-

nales de nulidad absoluta o inexistencia de negocios jurídicos y la única que se señala relativa a acciones reales, la STS de 30 de diciembre de 2007, viene a sostener inequívocamente lo contrario de lo que se afirma, esto es, que la prescripción extintiva tiene lugar con independencia de la usucapión. Por último, pone de manifiesto la inseguridad jurídica que se deriva de la concepción de la propiedad como suma de facultades y que las facultades no prescriben, puesto que, se excluye del ámbito de aplicación de los artículos 1962 y 1963 CC todas las acciones protectoras del dominio, incluida la reivindicatoria que aparece expresamente mencionada en el artículo 348 CC. Con ello se añaden a las acciones que el artículo 1965 CC menciona como imprescriptible otras muchas sin señalar cuáles son. De la misma manera argumenta que cuando se afirma que mientras el demandante sea portador de un interés legítimo y resulte ser propietario está legitimado para reclamar la protección de su derecho de propiedad se introduce un factor de incertidumbre jurisprudencial, ya que, al identificar la legitimación para iniciar el proceso con la titularidad del derecho y ambas con la inoponibilidad de la prescripción se prescinde de la dimensión procesal de la acción como medio de acceso a la jurisdicción. (C.O.M.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Ponderación de la libertad de expresión y la protección de los menores en supuestos de difusión de mensajes infamantes del padre al que se le atribuye judicialmente la patria potestad y guarda y custodia de los hijos.—Acerca de la definición del concepto de intromisión ilegítima previsto en el artículo 7.7 LO 1/1982, es doctrina consolidada que la mera interposición de una denuncia penal no constituye un acto de imputación lesivo del honor (entre otras, SSTS de 24 de enero de 1997, 31 de mayo de 2001, 6 de junio de 2004, 28 de noviembre de 2008 y 26 de mayo de 2009). La denuncia no implica, por sí misma, un ataque al honor, al servir tan sólo como medio para poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la posible existencia de un delito al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva del que se siente perjudicado en sus intereses, siendo así que el descrédito que toda denuncia lleva aparejado para quienes figuran en ella no es bastante para apreciar la existencia de intromisión, ante la mayor protección que merece el derecho de la presunta víctima del ilícito penal. No concurre el supuesto de hecho del artículo 7.7 LO 1/1982 cuando la imputación de hechos penales se realiza a través del medio legal previsto (la denuncia), ante las autoridades penales competentes para conocerlos (la policía judicial), en ejercicio del derecho como perjudicado y deber como ciudadano de poner en conocimiento la comisión de hechos delictivos. La LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor regula la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos. La protección de la infancia se configura como un límite a la libertad de expresión prevista en el artículo 20.4 CE, lo que se ha entendido como la falta de exigencia de una certeza absoluta del denunciante, bastando la simple sospecha o indicio razonable para proceder de esta manera, existiendo en todo caso un deber de denunciar los hechos si estos fueran constitutivos de delito. Sin embargo, ello

no cubre aquellos supuestos en los que la libertad de expresión no se ejerce como manifestación o instrumento de la obligación a la que se refiere esta ley, como sucede cuando la difusión de los hechos que supuestamente atentan contra los menores no se formula mediante denuncia ni en vía administrativa ni en vía penal, ni se tiene la garantía de que lo que hizo pudo servir de instrumento de protección de los menores. Estas condiciones no se cumplen cuando lo que se hace es poner en conocimiento de una asociación privada los hechos que dieron lugar a la demanda, que luego la asociación transmite a la correspondiente Consejería y Fiscalía de Menores, pues una asociación no se considera agente de la autoridad.

Ponderación entre los derechos fundamentales al honor, a la libertad de expresión y a la libertad de información.—El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (SSTC 14/2003, de 28 de enero y 216/2006, de 3 de julio). El derecho al honor se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. En la ponderación de todos ellos, si bien habrá de hacerse caso por caso, se deberá otorgar cierta prevalencia al derecho a la libertad de expresión, por su importancia para el adecuado desenvolvimiento de la sociedad democrática, sin perjuicio de que la libertad de expresión deba ceder ante el derecho al honor cuando la primera se ejercite de manera incorrecta. Este ejercicio incorrecto se produce cuando la imputación que se dirige contra el padre de los menores es formalmente injuriosa (relacionada con un delito de maltrato físico y psíquico) y no verificada, que omite la existencia de procesos judiciales previos, y es además especialmente grave en una sociedad muy sensibilizada con la protección a la infancia y los malos tratos. **(STS de 15 de noviembre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña Ana formula una denuncia ante una asociación privada contra el maltrato, en la que imputa la autoría de una situación de maltrato físico y psíquico sobre su amiga, ex esposa de la persona denunciada, y contra los dos hijos menores de ambos. La asociación pone los hechos en conocimiento de la Consejería de Bienestar Social autonómica y la Fiscalía. Don Antonio interpone demanda de juicio ordinario contra doña Ana, contra su ex esposa doña Laura y contra la citada asociación, solicitando la declaración del carácter de intromisión ilegítima en su derecho al honor de la actuación de las demandadas y solicitando la condena a la indemnización de los daños morales y a la publicidad a su costa de las disculpas y el reconocimiento de las falsedades de las imputaciones efectuadas, con copia de la sentencia, a todos los organismos públicos a los que se hubieren remitido las denuncias.

En sentencia de 19 de enero de 2010, el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Oviedo desestima la demanda y absuelve a las demandadas. El recurso de apelación interpuesto por don Antonio es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Oviedo, en sentencia de 26 de mayo de 2011, por la que se revoca parcialmente la sentencia de instancia, declarando que doña Ana había llevado a cabo una intromisión ilegítima en el derecho al honor del

actor, por lo que se la condenaba a remitir comunicación fehaciente de disculpa reconocimiento la falsedad de la imputación y a abonar la indemnización de 3.000 euros en concepto de daño moral. Entiende la Audiencia Provincial que la demanda no se limita a poner en conocimiento unos hechos que afectan negativamente a los dos menores de edad, que afirma haber sido referidos por uno de ellos, sino que realiza manifestaciones y juicios de valor propios sobre el actor –referidos, entre otros, al hambre pasada por los hijos– que indudablemente afectan negativamente al honor de éste, omitiendo un dato relevante para valorar su similitud por quien recibió dicha comunicación, como es la existencia de una larga serie de procesos judiciales seguidos ante el Juzgado de familia de Oviedo, en los que ha sido enjuiciada la problemática derivada de la crisis matrimonial entre el actor y la madre de los menores, habiéndose otorgado al actor la guarda y custodia.

Doña Ana interpone recurso de casación contra dicha sentencia, en el que cuestiona el juicio ponderativo efectuado por la Audiencia Provincial en el conflicto que se presenta entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Dicho recurso es desestimado, confirmando con ello la sentencia de instancia.

NOTA.–El artículo 7.7 Ley 1/1982, de 5 de mayo, en la redacción vigente en la actualidad, se refiere a la «imputación de hechos o manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentado contra la propia estimación». El texto actual de esta norma fue introducido por la disposición final de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. En su redacción vigente desde el 4 de junio de 1982 hasta el 24 de mayo de 1996 – fecha en la que entra en vigor la reforma de 1995– no existía un apartado equivalente al actual apartado séptimo, y la existencia de intromisión ilegítima se sometía, en este caso, al requisito de la «divulgación» de hechos que afectaran a la reputación o buen nombre de la persona (*G.M.A.*)

3. Las causas de incapacidad.–A diferencia de lo que ocurría en la antigua redacción del CC, a partir de la reforma de 1983, el artículo 200 CC contiene una cláusula abierta de causas de incapacidad. El artículo 322 CC establece una presunción de capacidad, aplicable a toda persona mayor de edad, que desaparece en el momento en que se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que esa persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Para incapacitar a una persona no basta con que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, sino que es necesario que el trastorno, sea de la intensidad que sea, impida gobernarse a la afectada por sí misma.

La incapacitación y la titularidad de derechos fundamentales.–La incapacitación de una persona, ya sea total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. No obstante, el Tribunal Supremo entiende que la incapacitación, al igual que ocurre con la minoría de edad, no cambia la titulari-

dad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. El incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y la incapacitación trata de protegerle. De ahí que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del incapacitado. Una medida de protección como la incapacitación sólo tiene justificación puesta en relación con la protección de la persona. La incapacitación no es una medida discriminatoria, puesto que la situación merecedora de protección tiene características específicas y propias –se trata de personas cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse–. En definitiva, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino exclusivamente de la persona afectada. **(STS de 11 de octubre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–El Ministerio Fiscal interpuso demanda promoviendo la declaración de incapacidad parcial de M, a instancia de los familiares de este último, y propuso la designación de curador para que pudiera asistirle en las cuestiones relativas al control terapéutico de su enfermedad y el sometimiento al tratamiento, así como para la administración y disposición de sus bienes, a excepción de dinero de bolsillo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. M interpuso recurso de apelación, que fue estimado en el único sentido de declarar que es capaz para administrar su pensión y para ejercitar el derecho de sufragio activo. En lo demás confirmó la sentencia de primera instancia. Concluye que del análisis de un cabello del recurrente se desprende que sufre un trastorno de la personalidad no especificado, trastorno por dependencia al alcohol y trastorno depresivo reactivo, patologías que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación del recurrente, por lo que debe mantenerse su incapacidad parcial.

En casación, M alega la infracción del artículo 200 CC, y que el consumo excesivo de alcohol no puede considerarse como elemento incapacitante, ni siquiera de forma parcial, para impedir al recurrente gobernarse por sí mismo. El Tribunal Supremo entiende que ha quedado debidamente acreditada la existencia de una enfermedad psíquica incapacitante. Según el Alto Tribunal, M precisa de un complemento de capacidad para proteger su personalidad, por lo que cabe aplicar la figura de la curatela.

NOTA.–En términos similares se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de septiembre de 2009, donde vino a plantearse la adecuación de nuestro sistema de incapacitación con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007. La incapacitación supone una limitación en la capacidad de obrar de las personas, pero eso no significa que queden desprovistas de derechos. El incapacitado sigue siendo titular de sus derechos fundamentales. Nuestro régimen de incapacitación otorga a la persona que la padece la protección jurídica necesaria a través de las distintas instituciones de guarda. Su finalidad es primordialmente protectora del incapaz, en la medida en que los cargos tuitivos deberán ejercitarse en benefi-

cio e interés del incapaz. Además, la incapacitación no implica una presunción de incapacidad para todos los actos que realice el incapacitado, sino únicamente para los que señale la sentencia o establezca la ley. (S.L.M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Contratos sobre productos financieros. Falta de identidad de sus vencimientos y los subyacentes contratos de crédito. Deber de informar sobre el alto grado de riesgo de la operación. Error en el consentimiento.—El error vicio, que se produce cuando se forma la voluntad del contratante sobre una presuposición inexacta, ha de ser entre otros requisitos, excusable, pues así lo exige la jurisprudencia (SSTS de 4 de enero de 1982, 28 de septiembre de 1996, 21 de mayo de 1997, 17 de julio de 2000 y 13 de mayo de 2009, entre otras muchas), que toma en consideración la conducta de quien lo sufre y niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoró, —*«quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire»*—[no se entiende que padece daño quien por su culpa lo sufre]—, y en la situación de conflicto producida, la concede a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración comercial seriamente emitida. El error que se alega, ha de existir realmente, sería inexcusable, por la sencilla razón de ser obvias las consecuencias de no someter unos y otros contratos al mismo régimen de vencimiento, y de suponerse razonablemente que un grupo de personas —de las que, al menos uno, el cabeza de familia, había intervenido en anteriores operaciones iguales—, conocedoras de que adeudaban importantes cantidades de dinero —de varios millones de euros— a causa de contratos de crédito sometidos a determinados vencimientos, eran o debían ser conscientes de que, al cumplirse los plazos, habrían de soportar las reclamaciones de la insatisfecha entidad acreedora. Contrario a la —regla esencial en la contratación— *pacta sunt servanda* sería extender el vencimiento de los contratos de crédito subyacentes a los litigiosos [2007], cuando por voluntad de las dos partes los plazos de vigencia de las respectivas relaciones quedaron configuradas distintamente en unos y otros. Así pues, en los contratos aquí discutidos, aparecía claramente descrito el riesgo que existe en la inversión, don J. D., que representaba a los demás miembros de su familia, fue informado con «imparcialidad y rigor, explicándole todos los elementos y advirtiéndole de los riesgos a los que se enfrentaba, muy especialmente cuando se trata de productos financieros de alto riesgo». (STS de 15 de noviembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Los cónyuges J. D. y doña A., y sus tres hijos; doña F., don A., y doña R., el primero de ellos administrador, entre otras sociedades, de Iniciativas y Promociones Canarias, S.A. (Improcanca), la cual había intervenido como garante de varias operaciones financieras suscritas con el Banco Santander, S.A. Suscribieron sendos contratos de productos financieros estructurados con dicho banco, en fechas de tres de octubre de dos mil cinco y siete de abril de dos mil seis. Con plazo de vencimiento de tres de noviembre y

siete de abril de dos mil nueve, respectivamente. Un año más tarde –en dos mil siete–, las referidas operaciones financieras fueron canceladas anticipadamente y sustituidas a su vez por las operaciones financieras de fechas; cuatro de mayo, siete de noviembre y ocho de noviembre de dos mil siete, denominados depósitos tridente BBVA, ING. y BNP Paribas. Con fecha de vencimiento cuatro de mayo de dos mil diez. Convenidos por los demandantes, por importe de seis millones de euros. Con cargo a las pólizas de crédito inicialmente convenidas.

Demandan en juicio ordinario a Banco Santander, S.A. Pretendiendo la anulación de los contratos de inversión –«producto financiero tridente»–, celebrados en el años dos mil siete, bajo el argumento de que Banco Santander, S.A., no les había advertido del altísimo riesgo de la operación, tal como quedo finalmente diseñada, por razón de los distintos vencimientos, generando de ese modo error en la formación de sus voluntades, luego expresadas para consentir. Con carácter subsidiario solicitaron al órgano judicial la declaración de que sus deudas, nacidas de los contratos de crédito, sólo vencerían cuando lo hicieran los nuevos contratos reguladores de la inversión financiera.

La parte demandada en síntesis alegó que, en los respectivos contratos, se hizo constar que «el titular manifiesta que ha tomado su propia decisión libre e independientemente sobre la conveniencia u oportunidad de contratar el producto estructurado... que ha recibido las oportunas advertencias por parte del banco sobre los riesgos del producto y, en concreto, sobre la posibilidad de que la rentabilidad del mismo sea negativa».

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Madrid, de 17 de septiembre de 2009, desestimó íntegramente la demanda. En segunda instancia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de febrero de 2010, desestimó el recurso de apelación, confirmando la misma.

Los demandantes interponen recurso de casación, que es desestimado íntegramente por el Tribunal Supremo, que casa la sentencia recurrida. Entiende el Alto Tribunal que el error vicio, que se produce cuando se forma la voluntad del contratante sobre una presuposición inexacta, ha de ser, entre otros requisitos, excusables. En definitiva, declaró que los demandantes no habían sufrido error vicio alguno cuando por voluntad de las dos partes los plazos de vigencia de las respectivas relaciones quedaron configuradas distintamente en uno y otros contratos.

NOTA.–Para un análisis doctrinal de los problemas de información y del error en los contratos se recomienda la lectura de las siguientes obras; Gómez Calle, Esther. *Los deberes precontractuales de información*. La Ley. Madrid, 1994; Maza Gazmuri, Iñigo de la. *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas, Navarra, 2010; Morales Moreno, Antonio Manuel. *Permuta financiera de intereses (swap), deberes de información, error e indemnización. (Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo español de 21-11-2012)*. Documento inédito. 2013; Picatoste Bobillo, Julio. *El derecho de información en la contratación con consumidores*. Actualidad Civil, núm. 4. La Ley, febrero, 2011; Tapia Sán-

chez, M.^a Rosa, *Protección del inversor. En especial el deber de información pre y postcontractual*. Perspectivas del sistema financiero, núm. 98, 2010; Morales Moreno, Antonio Manuel. *El error en los contratos*. Madrid, CEURA, 1998, entre otros. (G.A.L.)

5. Precontrato. Requisitos: especial referencia al plazo de cumplimiento.—En el precontrato se concreta el contrato proyectado que las partes deberán poner en vigor, como primera fase del *iter contractus*, y la segunda fase será el cumplimiento de la anterior. De ahí que el contrato preparado debe reunir todos los elementos del contrato y debe contener el plazo de cumplimiento. Abundante jurisprudencia se ha ocupado de esta institución, siempre contemplando el plazo (SSTS de 31 de diciembre de 2001 y 24 de junio de 2011). Un precontrato sin fijación de plazo va contra la esencia de las obligaciones, ya que cada parte tendría el arbitrio de aceptar o no el cumplimiento en el plazo que quisiera.

Precontrato bilateral de compraventa.—Está contemplado en el artículo 1451 CC, a través de él, las dos partes contratantes tienen el derecho y el deber de poner en vigor el contrato de compraventa que habían preparado.

Novación propia e impropia.—La novación en su sentido estricto es el modo de extinguir la obligación por la constitución de una nueva que la sustituye (SSTS de 20 de mayo de 1997, 28 de diciembre de 2000 y 10 de junio de 2003, entre otras). Pero también la jurisprudencia ha admitido, junto a la *novación extintiva o propia*, la *novación impropia o meramente modificativa*, para referirse a la modificación objetiva o subjetiva que es simple alteración de la obligación (SSTS 23 de mayo de 2000, 26 de junio de 2002 y 10 de junio de 2003). (**STS de 19 de octubre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Las partes en este proceso celebraron el 17 de enero de 2003 lo que denominaron *reserva de vivienda*, que modificaron, en cuanto al precio, en otra *reserva* de 22 de julio 2005. Ambas tenían por objeto una vivienda, con garaje y trastero perfectamente delimitados, con un precio y forma de pago detallados. En las mismas no se consigna plazo alguno en que deba cumplirse la entrega del objeto, ni el pago del precio ligado a ella. Anteriormente, en 2002, el Ayuntamiento correspondiente suspendió la concesión de la licencia de obras. Ambas partes conocían tal circunstancia al tiempo de firmar aquellas *reservas*. No se construyó el edificio y la parte del precio que se pagó fue devuelta.

Años después, en 2007 la parte que pretendía ser adquirente formuló demanda contra la sociedad que se había obligado a construir el edificio, para que cumpliera el contrato de *compraventa* (lo calificó así) y le indemnizase por daños morales.

Tanto el juzgado como la audiencia desestimaron íntegramente la pretensión de la actora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Si no se ha estipulado un plazo para exigir el contrato definitivo, podrá pedirse tal contrato definitivo en cualquier momento. Este criterio es defendido por Díez-Picazo, L., en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I* (Cizur Menor-Navarra, 2007) p. 408. (*I. D.-L.*)

6. Contratos. Interpretación contra proferentem de las cláusulas oscuras.—La regla contenida en el artículo 1.288 CC no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica (STS de 27 de septiembre de 1996). En el caso concreto, la compleja redacción del documento no permite afirmar que los prestatarios aceptaron pagar un cargo por cancelación, al no venir establecido claramente para los casos de desistimiento, como sí lo estaba, por el contrario, para los supuestos de resolución derivados de incumplimiento o demora en el pago. De ahí que, habiendo sido dicha cláusula redactada e introducida en el contrato por la entidad bancaria, se impone una aplicación de la misma en las condiciones que exige el artículo 1288 CC que impide pueda beneficiar a quien, precisamente, causó la oscuridad. En este sentido, el canon *contra proferentem*, inspirado en la buena fe, en la responsabilidad del declarante y en la protección de la confianza del destinatario en la declaración, y dirigido a evitar abusos derivados de la confusa redacción de las cláusulas del contrato (SSTS de 2 de julio de 2008 y de 23 de marzo de 2011), fue bien aplicado por el Tribunal, por hallarnos ante una cláusula oscura cuya redacción fue solo imputable a la recurrente. (STS de 15 de noviembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Los actores suscribieron un contrato de préstamo vinculado a otro de «intercambio de tipo/cuota» dirigido a sustituir el interés variable por el pago de un canon periódico fijo. La disconformidad en la liquidación llevada a cabo por el Banco debido al aumento de las cuotas hizo que los prestamistas desistieran del contrato, a lo que estaban facultados por el mismo. La entidad cobró una cantidad en concepto de cancelación, a lo que los clientes se opusieron al considerar que la cláusula sobre cancelación no se aplicaba al supuesto de la facultad resolutoria ejercitada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Lugo estimó el recurso de apelación de los actores y condenó al Banco a la devolución de la suma cobrada en concepto de cancelación de la operación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (F.L.S.N.)

7. Acción pauliana. Requisito del propósito de defraudar, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación.—El Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia anterior en la que se señalan los requisitos de la acción pauliana: i) la existencia de un crédito anterior a favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; ii) la realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; iii) el *consilium fraudis*, es decir, el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor, que goza de la presunción legal establecida en los artículos 643.2.º y 1297, primer párrafo, CC; iii) la ausencia de otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor (SSTS de 19 de julio de 2007 y de 12 de noviembre de 2008). Cumplidas estas condiciones, la salida del bien del patrimonio del demandado produce como resultado el perjuicio del crédito del actor en cuanto a la posibilidad de ejecución sobre dicho bien. Mientras se produce la condición suspensiva sólo concurre una expectativa de la producción de parte de los efec-

tos del negocio, por lo que el acreedor puede ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho, como es la acción pauliana (STS de 2 de junio de 2010). En cuanto al requisito del propósito defraudatorio, éste ha de producirse tanto en la persona que enajena como en el adquirente de lo enajenado (STS de 20 de octubre de 2005). Según reiterada jurisprudencia –entre otras, SSTS de 12 de marzo de 2004, 19 de julio de 2005, 19 de noviembre de 2007 y 25 de marzo de 2009– esta exigencia se debe interpretar de manera flexible, luego no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, sino que basta la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos del acreedor. Por tanto, este requisito se entiende de manera amplia como la conciencia en el deudor enajenante del empobrecimiento real o fingido que causa el acreedor, bastando con que ese deudor conozca o deba haber conocido la eventualidad del perjuicio, junto con la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata. **(STS de 26 de octubre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.–La actora de este procedimiento, Estudio A, S.L., fue titular de un crédito hipotecario contra Escuela de Música B, S.L., que era titular de tres fincas registrales, sitas en Sevilla, y al no abonarse el mismo se inició procedimiento de ejecución hipotecario. En julio de 2007 Escuela de Música B consigna en este procedimiento el importe a que asciende la responsabilidad hipotecaria de las fincas, cancelándose se derecho real por el Juzgado ante el que dicho procedimiento se llevaba a cabo. Igualmente, la actora interpuso demanda de reclamación de cantidad en virtud de la que se incoó procedimiento ordinario en reclamación de los intereses moratorios. Con fecha de 2 de marzo de 2007 se dictó sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid, que fue recurrida en apelación y resultó confirmada, en la que se condenaba a Escuela de Música B al pago de los intereses moratorios derivados del crédito hipotecario. Se acordó la ejecución provisional con fecha de mayo de 2007.

En julio de ese año Escuela de Música B vende a Cooperativa Madrileña C las fincas hipotecadas, que eran su único patrimonio. En el contrato de compraventa se hace constar la carga del proceso de ejecución hipotecaria pero no la totalidad de la condena sobre la que ya se había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid, en el procedimiento en el que se había acordado el embargo. Asimismo, en la escritura consta la condición suspensiva que suspendía la eficacia de la compraventa por el plazo de un año desde la fecha del otorgamiento.

Escuela de Música B, tras negociaciones con Estudio A, depositó uno de los pagarés que había recibido de la Cooperativa Madrileña C como pago de parte del precio de la compraventa.

Estudio A interpone demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción pauliana o de rescisión por fraude de acreedores, contra Escuela de Música B y contra Cooperativa Madrileña C, fijando como cuantía la cantidad por la que la codemandada Escuela de Música B había transmitido a la también demandada, Cooperativa madrileña C las fincas que constituían su único patrimonio. En sentencia de 22 de septiembre de 2008 el Juzgado de Primera Instancia

número 48 de Madrid dicta sentencia por la que desestima la demanda. La actora interpone recurso de apelación, que es estimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de diciembre de 2009, en la que se declara rescindida la compraventa celebrada entre las demandadas.

Las dos codemandadas interponen sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo desestima ambos recursos y confirma la sentencia recurrida en todos sus términos. Cooperativa Madrileña C alega que la actora tuvo otros medios legales a su disposición para satisfacer su crédito, al no haberse transmitido la propiedad de las fincas por la codemandada, por la latencia derivada de la condición suspensiva, de manera que la actora pudo haber seguido la vía del apremio contra los inmuebles transmitidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que, aplicada la doctrina del requisito del *consilium fraudis* al caso de autos no puede negarse que la cooperativa codemandada sabía que había pendiente un procedimiento de reclamación de intereses moratorios, pues así se hizo constar en la escritura, si bien se mencionaba que por una cantidad inferior a la real, al transcribir una nota simple, errónea, del Registro de la Propiedad. Este hecho, junto con su oposición expresa al cobro del pagaré en el procedimiento cambiario conduce al Tribunal Supremo a inferir que la cooperativa codemandada tuvo conciencia del perjuicio que causaba, por lo que confirma la calificación dada por la sentencia de instancia (G.M.A.)

8. Concurso de acreedores. Pago de deudas vencidas y exigibles encontrándose la sociedad en estado de insolvencia. Perjuicio para la *par condictio creditorum*.—En principio un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración del concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración del concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condictio creditorum*. Pudiendo afirmarse, como corolario de esta idea, que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia y, por ello, se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido.

Diferencias entre la rescisión de un contrato bilateral y de un acto unilateral como es el pago.—Si el objeto de la rescisión hubiera sido un contrato bilateral, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo el efecto restitutivo de ambas prestaciones. Pero la rescisión de un acto de disposición unilateral como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecta tan solo al pago, surgiendo para el receptor del dinero la obligación de restituirlo, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal

y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. (STS de 26 de octubre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La mercantil PDS 10 solicitó la declaración judicial de concurso necesario de la empresa V., S.L. Un mes después V., S.L. abonó a PDS 10 la cantidad que le adeudaba, lo que determinó que esta última desistiera de su solicitud de concurso. Sin embargo, apenas mes y medio después, fue la propia V., S.L. la que pidió la declaración judicial de concurso voluntario. En tales circunstancias, la Administración concursal nombrada formuló demanda de reintegración para la rescisión del pago efectuado a favor de la mercantil acreedora PDS 10. Tanto el Juzgado de lo Mercantil como la Audiencia Provincial de Málaga acogieron la acción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L.A.G.D.)

9. Concurso de acreedores. Interpretación del concepto de acto perjudicial para la masa activa.—En base al artículo 7.1 LC serán rescindibles «los actos perjudiciales para la masa activa». Para concluir qué debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, luego habrá que evaluar si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto habría sido considerando lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiera existido en aquella fecha. Reiterando la STS de 12 de abril de 2012, el Tribunal Supremo declara que no existe discrepancia alguna ni a nivel doctrinal ni en la jurisprudencia sobre el carácter perjudicial para la masa activa de aquellos actos que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio de concursado, pero advierte que ello no supone que puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como son aquellos actos con los que se altera la paridad del trato de los acreedores. La expresión «actos perjudiciales para la masa activa» permite distanciar la idea del perjuicio de la de la disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la LC no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa, pues se entiende que estos últimos suponen un sacrificio patrimonial injustificado (SSTS de 16 de septiembre, 27 de octubre y 14 de diciembre de 2010 y de 12 de abril de 2012). La existencia de contratos o actos económicamente vinculados hace complejo el análisis. En esa valoración se debe tener en cuenta el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. La propia letra de la disposición adicional cuarta LC, introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal exceptúa del campo de aplicación del artículo 71.1 LC los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación. Finalmente, el Tribunal Supremo hace alusión al fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios, para declarar que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deben entenderse como operaciones de grupo en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse siempre en ese marco. (STS de 8 de noviembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En abril de 2006 Banco B y Compañía O suscribieron una póliza de crédito con límite de 300.000 euros por tiempo de un año prorrogable. Inversiones S afianzó con carácter solidario el crédito concedido. En julio de 2006 la compañía Internacional C suscribió con Banco B una póliza global de comercio exterior por cuantía principal de 800.000 euros. Inversiones S también afianzó con carácter solidario dicha póliza. En abril de 2007 dicha póliza fue ampliada hasta el límite de 1.600.000 euros, siendo afianzada la ampliación de dicho crédito nuevamente por Inversiones S y nuevamente con carácter solidario. En diciembre de 2007 Banco B, Banco V y Caja de Ahorros M como prestamistas e Inversiones S como prestataria suscribieron un contrato de préstamo mancomunado por importe de 5.400.000 euros, que fue garantizado mediante hipoteca constituida sobre la finca y naves en las que la compañía O desarrollaba su actividad. En ejecución de lo pactado, Banco B transfiere a Inversiones S 1.800.00 euros de los que el 8 de enero de 2008 procedió a transferir a la cuenta asociada a la póliza global otorgada por Banco B a compañía Internacional C la cantidad de 1.462.627 euros, para el pago del saldo pendiente, así como 300.000 euros a la cuenta asociada a la póliza de crédito personal concedido a Compañía O, y 63.500 euros a Banco B para pago de provisión de fondos por la tramitación de la hipoteca, comisiones y gastos de apertura del préstamo. En febrero de 2008 Inversiones S fue absorbida por compañía O. Dos meses más tarde, compañía O solicita ser declarada en concurso voluntario, lo que tiene lugar al mes siguiente.

La administración concursal de compañía O interpone una demanda contra compañía O, Banco B, Caja de Ahorros M, Banco V y Compañía Internacional C, solicitando la rescisión de las fianzas otorgadas por Inversiones S a favor de Banco B para garantizar el crédito concedido por éste a compañía Internacional C, la rescisión del préstamo por importe de 1.800.000 euros concedido por Banco B a Inversiones S y de la hipoteca en garantía del mismo, así como de la declaración de mala fe de Banco B.

La sentencia de primera instancia estima la demanda incidental y declara la rescisión e ineficacia del afianzamiento prestado por Inversiones S para responder del crédito concedido por Banco B a compañía Internacional C, así como la posterior ampliación, la rescisión e ineficacia del contrato de préstamo entre Banco B y la concursada y de la hipoteca inmobiliaria y la calificación como subordinada del crédito a favor de Banco B.

La sentencia de segunda instancia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Banco B, revocando la sentencia recurrida sólo en cuanto a la declaración del crédito subordinado.

Contra dicha sentencia Banco B interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. En su desarrollo, la recurrente sostiene que para la rescisión de la hipoteca no basta el perjuicio para la masa, sino que se requiere la existencia de fraude y en el presente caso no existe fraude ni perjuicio. A ello añade que la declaración de mala fe que deriva de la afirmación del conocimiento de la mala situación económica generalizada en diciembre

de 2007 no equivale al fraude requerido por la Ley reguladora del Mercado hipotecario.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, pues entiende que no consta que la hipoteca litigiosa garantizase un crédito elegible. Además, entiende que no existen elementos para alterar el criterio de la sentencia recurrida en el sentido de que concurre mala fe, pues en dicha sentencia se había declarado que el apoderado de Banco B reconoció tener conocimiento las dificultades financieras, no resultando entendible un incremento del riesgo si no fuese por la intención de sustituir aquellos créditos ordinarios por otros privilegiados alterando con ello la *par conditio creditorum*. También se desestima el recurso por infracción procesal, entendiéndose que no se ha vulnerado el efecto de la cosa juzgada en las sentencias de instancia y que la motivación de las sentencias ha sido suficiente.

NOTA.—En el momento en el que se desarrollaron los hechos litigiosos estaba vigente el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, según el cual «las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser impugnadas al amparo de párrafo 2.º del artículo 878 CCo, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél». Esta redacción se modificó por el artículo 12.1 de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, según el cual «las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 LC, por la administración concursal que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe». El origen de esta modificación legislativa —de la expresión «cualquiera que sea su finalidad»— es la propia jurisprudencia. En efecto, la jurisprudencia entendió que el artículo 10 tenía un carácter excepcional y debía ser interpretado restrictivamente, de modo que cuando se trata de hipotecas concedidas en garantías de préstamos exigió que estos tuviesen la finalidad prevista en el artículo 4 de esta ley, que se refería a «financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad», interpretándose la expresión «cualquier otra obra o actividad» de forma restrictiva. En este sentido, se ha entendido que aunque las actividades citadas no formen parte de una enumeración cerrada, la interpretación que se haga de esta referencia final o abierta debe asemejarse a las actividades designadas nominativamente (STS de 23 de enero de 1997 y de 11 de abril de 2002) (*G.M.A.*)

10. Cesión de crédito: notificación o conocimiento de la cesión y efectos sobre el pago.—Del artículo 1527 CC se desprende que la posibilidad de liberarse el deudor de su obligación por medio del pago al cedente conclu-

ye cuando aquél tiene conocimiento de la cesión efectuada, desde ese momento puede afirmarse que la relación entre el cedente y el deudor cedido desaparece y queda sustituida por la relación entre cesionario del crédito y el propio deudor cedido.

¿Cuándo se entiende que el deudor tiene conocimiento de la cesión?—Desde que el acreedor cedente le comunica la cesión por vía de notificación, o bien, cuando el cesionario le exhibe o presenta el documento acreditativo de la cesión.

Las responsabilidades patrimoniales que acontezcan al cedente no afectan a la validez y eficacia de la cesión efectuada.—No puede sustentarse que las reclamaciones patrimoniales que puedan dirigirse contra el cedente por terceras personas puedan incluirse en el ámbito de las excepciones oponibles por el deudor al cesionario del derecho de crédito. (STS de 28 de noviembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Una entidad mercantil celebró con TVE un contrato de cesión de derechos de emisión de película. Unos meses después cede el derecho de crédito derivado del contrato anterior a otra sociedad. La cesión es notificada a TVE el mismo día. Al acusar recibo de tal comunicación, TVE pone de manifiesto haber recibido dos notificaciones de embargo contra la cedente. La sociedad cesionaria demandó a TVE reclamándole el pago del crédito.

El juzgado desestimó la demanda. La audiencia apreció el recurso de la actora y condenó a la demandada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La liberación del deudor, no obstante no pagar a quien legítimamente es el acreedor, descansa sobre la protección del interés del deudor y de su confianza en la apariencia. Véase Pantaleón F., en *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia II* (Madrid 1993) p. 1025. (I. D.-L.)

11. Compraventa: carácter recepticio del requerimiento notarial de resolución extrajudicial prevista en el artículo 1504 CC.—La declaración unilateral de voluntad es necesariamente recepticia, de forma que no produce efectos el requerimiento que no llega a ser conocido por la parte requerida. Con lo que la mera declaración unilateral de voluntad no determina, por ella sola, la pérdida automática de la opción que ampara al contratante legitimado en orden al cumplimiento o a la resolución del contrato (SSTS de 15 de noviembre de 1999 y 28 de septiembre de 2001); de ahí que la naturaleza recepticia de la declaración de voluntad emitida lo sea tanto por la necesidad de comunicación de la misma, como por el condicionamiento funcional de tener que operar la pérdida de la facultad del comprador de realizar el cumplimiento o pago del precio. (STS de 7 de noviembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Los actores y la demandada, una promotora, suscribieron dos contratos de compraventa por los que los primeros adquirieron dos viviendas. El contrato privado de una de ellas, objeto del pleito, no se elevó a escritura pública. Este contrato también contemplaba la facultad resolutoria a elección de la vendedora

para el caso del no otorgamiento por la compradora de la correspondiente escritura pública, según el plazo fijado, así como una cláusula penal. La parte vendedora, mediante requerimiento notarial, solicitó la resolución del contrato, pero dicha acta no llegó a conocimiento de los compradores de forma autónoma, sino a través de la contestación a la demanda.

El juzgado desestimó la demanda relativa a la nulidad de la compraventa por error en el consentimiento, pero estima la pretensión subsidiaria de resolución del contrato al entender que la declaración de resolución contractual no precisa que sea recepticia y moderó la cláusula penal al 50%. La audiencia revocó íntegramente la anterior sentencia y obligó a los compradores al pago de todo lo debido por la compraventa y a su elevación a escritura pública. El Tribunal Supremo no da lugar a la casación.

NOTA.—El acta notarial es de notificación (resolución DGRN 17 de noviembre de 1978), pues no hay tanto intimación cuanto comunicación del propósito resolutorio. Esta voluntad resolutoria ha de proceder del vendedor que es quien ha de hacer la notificación, y ha de dirigirse al comprador, dado su carácter recepticio. (F.L.S.N.)

12. Arrendamientos urbanos. Acción de desahucio por expiración de plazo. Validez de las prórrogas forzosas convencionales, suscritas en contratos de arrendamientos de locales de negocio.—Derogado el régimen de la prórroga legal forzosa instaurado por la LAU 1964 por el Real Decreto Ley 2/1985, el Tribunal Supremo entiende que las partes pueden someterse a un sistema de prórroga convencional, en virtud del principio de libertad contractual (art. 1255 CC). En particular, el Alto Tribunal confirma la validez de las prórrogas forzosas convencionales, suscritas en contratos de arrendamientos de locales de negocio, puesto que a diferencia del régimen de prórroga legal forzosa ello no supone alterar la naturaleza temporal del arrendamiento, que es esencial. Ahora bien, dado que la intemporalidad que supone el hecho de dejar exclusivamente a voluntad del arrendatario, de modo indefinido, el tiempo durante el cual habrá de usar la cosa arrendada, conculca la propia naturaleza del contrato al ser fijada por las propias partes contratantes, la solución jurisprudencial es la de integrar la cláusula de la forma más adecuada a efectos de que no se produzcan unos u otros efectos indeseables. Por ello, se acude a la analogía con el usufructo y se entiende que cuando, como sucedía en el caso, el arrendatario es persona jurídica la duración máxima del contrato que cabe imponer al arrendador es la de treinta años (art. 515 CC). Para el Alto Tribunal, que reitera aquí su sentencia de 9 de septiembre de 2009, dicha solución resulta conforme con las exigencias de la buena fe y la contemplación de circunstancias tales como las expectativas de uso del arrendatario y las posibles inversiones realizadas para habilitar los locales a efectos de desarrollar en ellos el negocio de hostelería. (**STS de 14 de noviembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Verónica, Humberto y Javier (copropietarios arrendadores) y Cafeterías X, S.L. (arrendataria) celebraron un contrato de arrendamiento de local de negocio el 5 de noviembre de 1968. A

dicho contrato sucedieron una serie de actualizaciones posteriores, hasta que en 2007 las partes suscribieron un nuevo contrato en el cual estipularon una cláusula para fijar una prórroga convencional de un año, renovable por igual período, con carácter obligatorio para la arrendadora y potestativo para la arrendataria, que impedía la declaración de extinción del contrato de arrendamiento. Un año después los copropietarios ejercieron la acción de desahucio y solicitaron la condena de la mercantil arrendataria a desalojar el local.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia, de 6 de febrero de 2009, desestima la demanda y absuelve a la entidad demandada, al considerar que la cláusula contractual que fijaba la prórroga convencional concerniente a la duración del arrendamiento de un año renovable por igual período, tenía carácter obligatorio para la arrendadora y potestativo para la arrendataria, lo que impedía la declaración de la extinción del contrato. En segunda instancia, la sentencia de la sección 6.^a de la audiencia provincial de Valencia de 30 de junio de 2009 desestima el recurso interpuesto por la arrendadora y confirma la sentencia impugnada, concluyendo que la voluntad de las partes fue la de someter el arrendamiento al régimen de prórroga forzosa.

Los copropietarios interponen recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia recurrida. El Alto Tribunal da por buena la valoración de la Audiencia, que infirió la voluntad de las partes de someterse al régimen de prórroga forzosa de la claridad de la estipulación que recogía la duración del arrendamiento. Tras acudir a la analogía con el usufructo el Tribunal Supremo entiende que la arrendadora no puede dar por extinguido el contrato de arrendamiento, al estar vinculada, en virtud de la cláusula litigiosa según la interpretación jurisprudencial prevalente, hasta el 23 de noviembre de 2037.

NOTA.—Con carácter general se aconseja la lectura de G. Ceira Bravo de Mansilla, «Duración del arrendamiento para uso diverso al de vivienda pactado por tiempo indefinido», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 26/2011 (BIB 2011/153). El Tribunal Supremo entiende que el sometimiento de las partes al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 LAU 1964 puede ser expreso o implícito, aunque nunca tácito: véanse, al respecto, las reseñas a las SSTs de 29 de diciembre de 2009 (RJ 2010/405), 7 de julio de 2010 (RJ 2010/5709), y 30 de mayo (RJ 2011/3993) y 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1506), realizadas respectivamente por Lucas Andrés Pérez Martín, en el número LXIV-I (enero 2011) del *Anuario de Derecho Civil*, Ignacio Díaz de Lezcano, en el número LXIV-IV (octubre 2011), Francisco Javier Jiménez Muñoz, en el número LXV-II (abril 2012) y Andrea Macía Morillo, en el número LXVI-II (abril 2013). Acerca de la integración de la cláusula contractual sobre duración del contrato mediante la analogía del arrendamiento con el usufructo, entendiéndose que cuando el arrendatario es persona jurídica la duración máxima que cabe imponer al arrendador es la de treinta años, véase la STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010/3907) y el comentario a la misma por M.P. Álvarez Olalla, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 85/2011 (BIB 2011/50) (E.F.A.)

13. Vicios constructivos. Responsabilidad contractual del constructor-promotor. Principio de compatibilidad de la acción de responsabilidad decenal o por vicios ocultos y la acción de responsabilidad por ruina. Pretensión indemnizatoria preferentemente ejercitada. Carácter no subsidiario del cumplimiento por equivalente.—El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia consolidada en torno a la responsabilidad del promotor, como agente que interviene en el proceso constructivo y en la comercialización de las viviendas. En consecuencia, el promotor debe responder frente al comprador si la edificación padece vicios ruinógenos que la hacen inidónea. Dicha responsabilidad ha sido incorporada a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que constituye al promotor en garante de la calidad del producto final elaborado (art. 17.3). Su responsabilidad solidaria, «en todo caso», implica que responde aun cuando no estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo. El Alto Tribunal confirma, además, la compatibilidad entre las acciones de responsabilidad contractual que prevén, respectivamente, la LOE y el artículo 1591 CC, de la que ya se había hecho eco en sentencias como la de 2 de octubre de 2003 y 28 de febrero y 21 de octubre de 2011. Así, la «garantía decenal» no impide al comitente dirigirse contra quienes con él contrataron, a fin de exigir el exacto y fiel cumplimiento de lo estipulado, tanto si los vicios o defectos de la construcción alcanzan tal envergadura que pueden ser incluidos en el concepto de ruina, como si suponen deficiencias que conllevan un cumplimiento defectuoso, como de forma expresa se autoriza a partir de la entrada en vigor de la LOE, al regular la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación (art. 17). **(STS de 11 de octubre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios del edificio X demandó a la inmobiliaria Y, S.L., solicitando el pago de 374.066,49 euros por la reparación y subsanación de los vicios y defectos derivados del incumplimiento contractual de la demandada, consistentes, entre otros, en una insuficiente insonorización de las viviendas; fisuras repetitivas aparecidas en las mismas por incorrecto tratamiento de juntas, que determinaba el paso de olores de unas a otras; y filtraciones de aire y de agua. Además, algunas viviendas presentaban alicatados ahuecados o desprendidos; placas de suelo flotantes abiertas, ahuecadas o con manchas bajo los radiadores; defectos en la instalación de fontanería; fugas y goteos en instalación de calefacción; averías en la instalación de los porteros automáticos; defectos en la carpintería interior; faltas de remate de fachadas; defectos en instalaciones eléctricas; así como buzones, vidrios, alféizares y cerraduras de carpintería exterior rotos o deteriorados.

En su sentencia de 22 de abril de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valladolid estima en parte la demanda y condena a la demandada al pago de 82.899,76 euros.

La actora interpone recurso de apelación, que es estimado por la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª en su sentencia de 14 de diciembre de 2009, en el sentido de estimar la demanda en su totalidad. Contra esta sentencia la demandada interpone recurso de casación, basado en el principio de compatibilidad de acciones en el contrato de obra y el juego o distribución de la carga de la

prueba, y extraordinario por infracción procesal, basado en la improcedencia de la unión a los autos del informe pericial de parte aportado por la mercantil promotora, una vez comenzado el acto de audiencia previa. El Tribunal Supremo desestima ambos recursos. Respecto del recurso de casación, que es el que presenta mayor interés para el fondo del asunto, el Alto Tribunal confirma la responsabilidad del promotor basada en el principio de compatibilidad de las acciones que prevén el Código civil (art. 1591) y la LOE (art. 17), así como el carácter no subsidiario del cumplimiento por equivalente, concepto que se integra en la pretensión indemnizatoria ejercitada en el caso con carácter preferente.

NOTA.—Acerca de la responsabilidad del promotor, además de la lectura de las SSTs de 24 de mayo (RJ 2007/4008) y 13 de diciembre de 2007 (RJ 2008/529), y 26 de junio de 2008 (RJ 2008/4272), puede consultarse J. Flores Rodríguez, «La responsabilidad solidaria del promotor inmobiliario en los procesos de reclamación por defectos constructivos», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 19/2007 (BIB 2007/1291). Como el artículo 1591 CC no fue expresamente derogado por la LOE y como ésta declara, además, su compatibilidad con las acciones de responsabilidad contractual (art. 17.1), su publicación suscitó un debate formulado en términos de «derogación» o «vigencia» del artículo 1591. Puesto que la jurisprudencia sobre la llamada responsabilidad por ruina ha sido desarrollada al margen de dicho artículo, en el que sólo tiene apoyos ocasionales, entiende E. Cordero Lobato que es irrelevante que el precepto codificado haya sido o no derogado. Además, el artículo 1591.I no es contrario a la LOE, que absorbe esta misma regla en su artículo 17.1.a): E. Cordero Lobato, «Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación», en *Comentarios a la legislación de ordenación de la edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato, M.C. González Carrasco, 5.ª edición, 2011, Aranzadi, pp. 570-573. Sobre la compatibilidad de la acción decenal (art. 1591 CC) con acciones contractuales por cumplimiento defectuoso en el contrato de obra, puede verse la reseña de la STS de 21 de octubre de 2011 (RJ 2012/1122), realizada por Beatriz Gregoraci Fernández, en el número LXVI-II (abril 2013) del *Anuario de Derecho Civil*, así como las SSTs de 28 de febrero de 2011 (RJ 2011/455) y 22 de octubre de 2012 (RJ 2012/11064). Sobre el cumplimiento por equivalente en la responsabilidad derivada de proceso constructivo, puede verse la STS de 10 de octubre de 2012 (RJ 2013/1537) (E.F.A.)

14. Contrato de mandato. Compra de finca por el mandatario encargado de su venta. Tipo de ineficacia de la autocontratación no autorizada: anulabilidad del contrato.—La infracción de la prohibición establecida en el artículo 1459-2.º CC da lugar a la anulabilidad del contrato y no a la nulidad absoluta, porque la autocontratación puede ser autorizada por el mandante, quedando sujeta la acción de impugnación al plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 CC.

Extinción de la acción de impugnación por ratificación tácita del autocontrato.—La ratificación del mandante excluye la ineficacia del autocontrato. La ratificación puede ser tácita cuando el mandante, sin impugnar

el negocio jurídico celebrado en su nombre por el mandatario, acepta los efectos del mismo en su provecho. (STS de 8 de octubre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El litigio tiene su origen en la compra por una sociedad mercantil de una finca cuya venta había sido encargada a quien luego resultó ser titular, junto con su mujer, de la totalidad del capital social de la entidad compradora. De tal forma, que en dicho contrato de compraventa intervienen el mandatario de la vendedora y su mujer como representante de la compañía mercantil adquirente del referido inmueble. Impugnado el contrato por la mandante, la sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda y declara la ineficacia del contrato por nulidad radical del negocio celebrado. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revoca y desestima la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de Casación. (C.O.M.)

15. Responsabilidad civil de contratista de obras públicas: Acción directa contra aseguradora: Competencia de la jurisdicción civil: Negligencia exclusiva de la empresa contratista.—Tanto esta Sala, como la Sala Especial de Conflictos de competencia, han resuelto supuestos similares declarando, como hace la Audiencia Provincial, que la jurisdicción civil es competente en estos casos. Según la STS de 2 octubre 2009, el artículo 9.4 LOPJ (modificado por LO 6/1998) no impide que la acción de responsabilidad civil pueda ser dirigida contra el contratista de una obra pública cuando se considere que compete a él la responsabilidad por los daños causados en virtud de la negligencia en que se haya podido incurrir sin intervención de la Administración. En efecto, el artículo 97.1 LCAP establece la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios y limita la responsabilidad de la Administración a los casos en que tales daños hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, y en que los daños se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras (art. 97.2 LCAP). Por su parte, el artículo 97. 3 y 4 LCAP, tras reconocer la facultad de los terceros para requerir previamente al órgano de contratación para que se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños, deja patente que la reclamación puede dirigirse, cuando proceda, ante la jurisdicción civil. Este criterio ha sido aplicado reiteradamente por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (AATS de 9 abril 2003, 19 febrero 2008 y 19 junio 2009).

De la prueba practicada no se infiere que el daño sea debido a la actuación de la Administración, al cumplimiento de una orden emanada por ella ni a los vicios del proyecto por ella elaborado. En la sentencia de apelación se afirma que de los informes periciales emitidos y obrantes en los autos, se deriva claramente una actuación negligente y falta de cuidado en las obras que se realizaban, y que el proyecto redactado por la Xunta de Galicia quedó sin efecto alguno, por falta de presupuesto, lo que hace innecesario, inútil, la traída al proceso de persona alguna perteneciente a tal o tales organismos.

Error en la valoración de la prueba: Recurso extraordinario.—Esta Sala ha reiterado que en la formulación de posibles motivos por infracción procesal (art. 469 LEC) no se ha recogido, expresa y conscientemente por el

legislador, el error en la valoración probatoria, lo que responde a la propia naturaleza del recurso extraordinario que no comprende la revisión de la labor que en este punto se ha realizado ya mediante una doble instancia. Ha sido esta Sala la que, atendiendo al criterio constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), ha consolidado una doctrina según la cual cabe incluir en el apart. 4.º del artículo 469.1 LEC, aquellos casos en que en la valoración se ha incurrido en evidente error o irrazonabilidad, supuestos en los que no cabe discutir si es o no acertada tal valoración porque lo que se demuestra es un absoluto desajuste a los más elementales postulados de la lógica, de modo que no puede mantenerse tal valoración sin lesión del referido derecho constitucional (SSTS de 15 junio, y 16 noviembre 2009, y 26 julio 2012). En el presente caso la parte no plantea la denuncia de la valoración probatoria desde la perspectiva constitucional al haber amparado el motivo de forma errónea en el ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC.

Prescripción extintiva de la acción: Interrupción por instar expediente de consignación.—El artículo 1973 CC establece de forma expresa el reconocimiento del derecho como una de las causas de interrupción de la prescripción, y aunque la noción de *reconocimiento* no tenga un previo significado técnico y jurídico, no hay inconveniente alguno para su interpretación extensiva respecto de cualquier forma o modo que comporte dicho reconocimiento, particularmente de las conductas a través de las cuales se ponga de manifiesto que la parte se considera obligada por el derecho, conforme a la doctrina de los actos concluyentes y, en su caso, a los actos propios; sin que sea necesario un anterior negocio de fijación, ni una propia confesión del derecho, ni menos aún un negocio de novación de la relación obligatoria. En este contexto, esta Sala no alberga duda alguna que el expediente de consignación judicial de pago que se ofreció a la parte perjudicada supone, en rigor, un reconocimiento de su derecho, aunque ocurra, como en el presente caso, que exista una disconformidad sobre su cuantificación patrimonial, pero no sobre la admisión del derecho a ser indemnizado. Conceptualmente, el ofrecimiento de pago realizado con la consignación presupone, como cuestión lógico-jurídica, el reconocimiento del derecho pues su eficacia liberatoria debe ajustarse estrictamente a las disposiciones que regulan el pago (art. 1177, párr. 2.º CC).

Oponibilidad de una franquicia al perjudicado.—La Audiencia Provincial desestima la oponibilidad de la franquicia al perjudicado, por haberse pactado con posterioridad al siniestro. Se trata efectivamente de una cláusula que limita objetivamente los riesgos a cubrir. Pero, de cualquier forma, no puede invocarse en este caso en que el perjudicado acciona directamente contra la aseguradora, mientras que la cuestión suscitada deberá resolverse por el cauce contractual entre aseguradora y asegurado, sin relación de continuidad respecto del tercero o perjudicado.

Intereses penitenciales del artículo 20 LCS.—Es reiterada la doctrina de esta Sala sobre la rigurosa interpretación de la concurrencia de alguna causa de justificación enervadora de este pago sobre todo cuando la discusión hace referencia al importe de la cobertura. A la luz de la citada doctrina tampoco parece adecuado combatir la apreciación realizada por la Audiencia al concluir que la aseguradora consignó cantidades inferiores al 50% de la indemnización, y lo hizo transcurridos más de dos años después del siniestro (**STS de 22 de octubre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.] (*G.G.C.*)

16. Responsabilidad extracontractual: Muerte por electrocución de menor de 14 años por fallo del sistema eléctrico: Valoración del daño: Aplicación del baremo de accidentes de circulación: Circunstancias de la víctima.—Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales, no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, solo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando exista una notoria desproporción o se comete una infracción del Ordenamiento en la fijación de las bases tomadas para la determinación de la cuantía, lo que no es del caso puesto que no existe una irrazonable desproporción en la cuantía indemnizatoria fijada. Ambas sentencias de instancia, ante una petición de un millón de euros por parte del padre de la víctima, vienen a coincidir en la cuantía de 140.000 euros, utilizando el sistema de baremos en el caso de accidentes de tráfico, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en su fijación para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad, y dotar de seguridad jurídica a unos criterios indemnizatorios indudablemente inciertos. Tiene en cuenta el baremo de 2007, siguiendo la doctrina jurisprudencial según la cual es el momento del accidente el que determina el régimen legal aplicable. Y lo hace para compensar los daños causados teniendo en cuenta las circunstancias del menor, que no era hija única, sino la única hija común del matrimonio; la inexistencia de lucro cesante pretendido por ganancias dejadas de percibir, que ni se acreditan, ni resultan procedentes para beneficiar a quien, como su padre, no sufre limitación alguna respecto de las ganancias que en el futuro puede percibir, dado el fallecimiento de su hija, a partir del cual no genera este lucro, y al margen del grado de culpa y de otros criterios de valoración distintos, como la muerte debida a actos de terrorismo, cuando lo que aquí se trata es un desgraciado accidente sin intención alguna de que ocurriera. **(STS de 15 de octubre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—El FD primero de la sentencia extractada reproduce una argumentación de la Audiencia Provincial, haciéndose eco de la del Juzgado de Primera Instancia, que la propia Sala del Tribunal Supremo acepta y desarrolla: «Si bien la vida humana, y más cuando su pérdida se produce en edad tan temprana como es el caso que nos ocupa, no tiene precio —cuestión en la que todos los litigantes está de acuerdo—, en supuestos tan desgraciados como el acontecido es preciso establecer un valor; y, al respecto, tomando en consideración cuantas circunstancias concurren en el caso enjuiciado, a la luz de la evolución de la jurisprudencia —que es necesario tener como referencia de la realidad sociotemporal en cuanto que marca la directriz del criterio hermenéutico de las normas (art. 3.1 CC)— se estima que la cuantía de 140.000 euros establecida en la instancia se ajusta al Derecho y al supuesto que nos ocupa, sin que, pese a los esfuerzos dialécticos de la letrada de la parte actora en sostenimiento de una mayor cuantificación, sin que los mismos puedan ser atendibles, puesto que no ha de servirnos de referencia la cuantía que haya podido ser establecida en supuestos de muerte debida a actos de terrorismo, cuando de lo que aquí se trata, al igual que en

los accidentes de circulación – cuyo baremo de indemnización se toma como referencia, en una suerte de analogía, artículo 4.1 CC – es un supuesto desgraciado sin intención alguna de que ocurriera. Además, la sentencia impugnada no se limita a establecer una cuantía en función de la aplicación automática de la que resultaría del citado baremo, sino que, atendiendo al concreto supuesto enjuiciado, otorga una cantidad superior a que resultaría del mismo».

El *quantum* otorgado de manera coincidente en todas las instancias representa el 14 % del total instado, lo que sólo indica lo desmesurado de la petición del padre (168 millones de las antiguas pts.), mientras el equivalente en pts. de lo concedido (aprox. 23,5 millones) no desentona ciertamente (es decir, no representa una *irrazonable desproporción*) con las indemnizaciones actualmente habituales en materia de accidentes. Quizá por la insistencia en la argumentación del recurrente el Tribunal Supremo se ve obligado a utilizar razonamientos que acaso pudieran ser calificados de poco *edificantes* (por ejemplo, el *lucrum cesans* del progenitor). (G.G.C.)

17. Responsabilidad extracontractual derivada de tratos precontractuales: Representantes de la Inmobiliaria carentes de facultades: Prescripción extintiva: Interpretación restrictiva.—La prescripción del tipo de acción ejercitada en este procedimiento, conforme al artículo 1968 CC, es de un año. Es un plazo de carácter civil, en el que se regula la prescripción de las acciones por las que se exija una responsabilidad al amparo del artículo 1902 CC, y que a falta de disposición especial se contará desde el día en que pudieron ejercitarse (art. 1969). La interrupción del plazo se produce por el ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier otro acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. La jurisprudencia de esta Sala declara tanto la necesidad de una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción en aras del principio de seguridad jurídica como los supuestos en los cuales se entiende interrumpida dicha prescripción, en favor del titular del derecho; así no solo con la presentación de la demanda sino también con otros actos procesales tendentes a preparar la acción o para obtener la satisfacción del derecho pretendido y que revelen una voluntad claramente conservativa del mismo (así SSTS de 12 noviembre 2007 y 16 febrero 2012). En este caso, para entender iniciado el plazo de prescripción resulta necesario el conocimiento del daño realmente producido a la persona afectada, sin que tenga la menor trascendencia que en un proceso civil anterior no hayan sido parte los demandados, cuando resulta hecho probado en la sentencia, que es a resultados de dicho procedimiento cuando se determinan y concretan definitivamente los daños conectados a la causa que los origina y determina.

Mediación inmobiliaria: Mediadores carentes de facultades de enajenación: Daños y perjuicios: Relación de causalidad.—La imputación de responsabilidad de la demandada se hace a partir de los hechos probados, referidos a la relación desde el inicio existente entre los demandados, como representantes de Inmobiliaria Central, con la demandante. Los demandados carecían de facultad para autorizar la compraventa, y tampoco la tenían para transmitir la posesión y hacer entrega de la vivienda en los términos del artículo 1461 CC, no obstante lo cual ofrecieron la mediación a la actora respecto de la adquisición de la vivienda, que se concretaba, con referencia a

una persona que no era propietaria y nunca lo había sido. Hay causalidad física o material, por cuanto el daño se produjo como consecuencia de la actividad desarrollada por los demandados. Hay también causalidad jurídica pues las consecuencias de la mediación eran previsibles, como así se puso de manifiesto en las actuaciones seguidas entre la actora y la propiedad de la casa, mientras que el juicio de reproche subjetivo recae sobre los representantes de la Inmobiliaria Centro, pues ambos incurrieron en una actividad negligente con respecto a la actora, teniendo en cuenta su conocimiento de las normas relativas a la publicidad registral y la posibilidad de acceso a la misma, además de la previsión que aquellos deberían haber adoptado en relación con la persona que acudió a la agencia inmobiliaria a ofertar un piso (**STS de 4 de octubre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G.G.C.)

18. Responsabilidad extracontractual: Culpa médica: Acción directa contra aseguradora: Valoración de secuelas.—La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o por la infracción de una norma tasada de valoración que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, en cuanto al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (SSTS de 28 de noviembre de 2008, 30 de junio y 6 de noviembre de 2009, 26 de febrero y 1 de julio de 2011, entre otras). Por otra parte, la argumentación del motivo, más que referida a la infracción de las normas de procedimiento, tiene que ver con la indemnización concedida a partir de una tacha de arbitrariedad y de falta de equidad, que se vuelve a reproducir en el recurso de casación con el principio de reparación integral del daño, y ello nada tiene que ver con las normas de procedimiento que se dicen vulneradas.

Valoración de secuelas amnesia de fijación y epilepsia sin antecedentes y en tratamiento: Aplicación orientativa del Baremo de la Ley 30/1995: Consenso de las partes.—Dice la STS de 7 de mayo de 2009 que el efecto expansivo del Baremo previsto en el Anexo a la DA 8.ª de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido con reiteración por esta Sala con criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los artículos 1106 y 1902 CC (SSTS de 10 de febrero, 13 de junio, y 27 de noviembre de 2006, y 2 de julio de 2008). El Baremo no solo no menoscaba el principio de indemnidad de las víctimas, sino que la mayoría de las veces son ellas las que acuden a este sistema de valoración para identificar y cuantificar el daño entendiendo que, en esta siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, no sólo constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, sino que viene a procurar al sistema de unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía para las partes mayor que la que deriva del simple arbitrio judicial. Esta regla tiene dos limitaciones. Una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, y otra que aun siendo posible revisar en casación la aplicación

de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebida o incorrectamente, en ningún caso podrá ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijado por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que se consideró acreditado (SSTS de 6 de noviembre de 2008, 22 de junio de 2009 y 29 de mayo de 2012).

En el presente caso, para la determinación, valoración y cuantificación de los días de estabilización y secuelas del actor, la parte actora se acogió al Baremo mencionado que sólo es orientativo en el caso de responsabilidad civil médica. También lo hizo la demandada, lo que originó un conflicto sobre el baremo de aplicación que fue resuelto en razón al consenso existente entre las partes, pues la parte actora invocó la Ley 34/2003 para cuantificar los días de estabilización y secuelas, siendo entonces aplicable el principio de libre disposición de las partes. (**STS de 14 noviembre 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda que había solicitado la condena a pagar la indemnización de 331.638 euros, sin más argumentación que *no hay mención por la demandada en cuanto a su exceso, baste como buena y vinculante*. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia, con base en la razonable sentencia extractada, reduciendo la indemnización a la suma de 83.488 euros (aprox. una cuarta parte de lo pedido). Era bastante clara la desestimación del recurso de casación, aunque, a mi juicio, también debió estimarse, sin embargo, el recurso extraordinario por falta de motivación. Decir que hubo motivación aunque insuficiente y que ello se prueba porque el perjudicado tuvo ocasión de recurrir al Tribunal Supremo, parece una especie de tautología (*G.G.C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

19. Gastos de instalación de un ascensor.—El artículo 9 LPH, al que remite el artículo 18.2 LPH, obliga a todos los propietarios a contribuir, con arreglo a la cuota de participación establecida en el título o a lo especialmente acordado, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización. Cuando se trata de la instalación de un ascensor, la doctrina jurisprudencial ha entendido que el acuerdo obliga a todos los comuneros, tanto a los que hayan votado favorablemente como a los que hayan disentido. Ello supone que deben permitir que se lleve a efecto y abonar lo que corresponda, sin perjuicio de la impugnación judicial si concurren las circunstancias señaladas en el artículo 18 LPH (STS de 18 de diciembre de 2008).

A pesar de lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad permite que la voluntad comunitaria, expresada a través de los estatutos, autorice, en determinadas circunstancias, exonerar de la obligación de contribuir a determinados gastos a algunas viviendas o locales comerciales. Ahora bien, cuando la instalación de un ascensor en un edificio que carece de él resulta necesaria para la habitabilidad del inmueble, constituyendo una mejora que

incrementa el valor del edificio en su conjunto y redunda en beneficio de todos los copropietarios, todos los comuneros tienen la obligación de contribuir a los gastos, sin que las cláusulas de exención del deber de participar en las reparaciones ordinarias y extraordinarias deban interpretarse como exoneración del deber de contribuir a los gastos de instalación del ascensor (STS de 20 de octubre de 2010). **(STS de 13 de noviembre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La demandante pretende impugnar unos acuerdos de unas juntas de propietarios sobre instalación de ascensor y sobre el presupuesto económico de la obra de instalación del mismo. Alega la falta de formalidades legales exigidas para la convocatoria y la improcedencia de la derrama aprobada para el abono de los gastos de instalación, al entender que, como propietaria de un local comercial, está exenta de dichos gastos, según la cláusula primera de los estatutos de la comunidad. La comunidad de propietarios, por su parte, mantiene que de la interpretación de dicha cláusula de los estatutos se desprende que está obligada a contribuir a los gastos.

El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados sobre la instalación del ascensor y la distribución de gastos. A su juicio, dicha cláusula primera implicaba que la demandante quedaba exonerada del pago de los gastos de instalación del ascensor, ya que si bien expresamente no se indicaba en aquella el término «ascensor», había de entenderse incluido dada la antigüedad del edificio y la no previsión de su instalación en la época en la que se redactaron los estatutos.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación planteado por la demandada. Concluyó que la actora estaba obligada a abonar los gastos, pues la instalación del ascensor afecta al conjunto del edificio y produce un incremento de valor que beneficia a todos los propietarios. Además, los estatutos excluyen a los locales comerciales únicamente respecto de los gastos relacionados con portales, zaguanes y escaleras, no del resto.

Finalmente, la demandante interpone recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo. Llegó a la misma conclusión que la Audiencia Provincial, señalando que el propietario del local que no utiliza los ascensores viene obligado a soportar los gastos de su instalación. Por otro lado, las cláusulas de exención del deber de participar en las reparaciones ordinarias y extraordinarias han de interpretarse siempre restrictivamente, de modo que no abarquen los gastos de instalación de ascensor.

NOTA.—La instalación de un ascensor es considerada como una mejora necesaria para la habitabilidad del inmueble, sobre todo cuando se trata de suprimir barreras arquitectónicas en el inmueble. La adopción de acuerdos sobre su instalación plantea no pocos problemas. Habría que hacer las siguientes distinciones. En primer lugar, respecto de la instalación *ex novo* de un ascensor, no constituyen causas de exoneración del deber de contribuir a los gastos el no uso del mismo o la inexistencia de acceso directo del local al portal. Y, en segundo lugar, una cosa son los gastos de instalación y otra distinta los gastos de reparación y conservación. Los segundos deben pagarse, salvo exoneración expresa en los Estatutos de la Comunidad a los

locales. Ahora bien, el Tribunal Supremo ha llegado a decir que si la exoneración que afecta al local y que está contenida en los estatutos es genérica, es decir, no se determinan exactamente los gastos exentos, tal exoneración abarcará tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios (STS de 7 de junio de 2011). (*S.L.M.*)

20. Propiedad intelectual. Obra científica. Es objeto de protección no por las ideas que contiene o expresa, sino por la forma literaria o artística de su expresión.—De acuerdo con el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, así como con el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos o métodos de operación. En este sentido, las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual por razón de su contenido (ideas, procedimientos, sistemas, métodos operativos, conceptos, principios, descubrimientos...), ni de la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria o artística de su expresión. (**STS de 8 de noviembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La actora FCC había presentado una propuesta para participar en un concurso público para la adjudicación de la recogida y tratamiento de residuos urbanos en el Ayuntamiento de Mahón. Dicha propuesta se caracterizaba —en sus propias palabras— por el alto grado técnico, prueba de la experiencia y competencia que tenía en el sector, acumulada a lo largo de muchos años y de las ingentes inversiones hechas en capital humano y técnico. Esta misma propuesta la repitió en un concurso convocado por el Ayuntamiento de Ciudadela un año después, siendo sin embargo adjudicado el contrato de servicio a una empresa competidora, sin tradición ni experiencia en el ramo y constituida a los solos efectos de participar en el concurso público convocado. La impugnación de dicha adjudicación le permitió a la actora acceder al expediente administrativo, y pudo comprobar que la propuesta presentada por la adjudicataria era una copia casi total de la presentada por la demandante en el primer concurso. A raíz de lo cual FCC interpuso demanda civil contra esta otra empresa por entender que su propuesta era una creación original objeto de propiedad intelectual protegida por el LPI. En ambas instancias fue desestimada la acción por considerarse que la propuesta presentada por FCC no era obra merecedora de protección. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Aunque las obras científicas no se hallen comprendidas expresamente en el título del Convenio de Berna, están protegidas por el derecho de autor en razón del carácter científico de su contenido. En este sentido, estas obras disfrutan de la protección dispensada por el LPI no por versar sobre las ciencias, de la clase que sea, sino precisamente por la forma que revisten: literaria, escrita, artística, plástica o en cualquier otra modalidad. (Cfr. Masouyé, C. *Guía del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978; Rogel Vide, C. *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*. Madrid, 2003). (*L.A.G.D.*)

21. Concepto de base de datos.—Según el Tribunal Supremo, para que una creación tenga la consideración de base de datos, es necesario que concurren los siguientes requisitos: *a)* que exista una recopilación de elementos independientes, esto es, separables unos de otros sin que resulte afectado el valor de su contenido informativo, literario, artístico, musical u otro; *b)* que dichos elementos independientes estén dispuestos de modo sistemático o metódico; *c)* que esté provista de algún instrumento que permita la localización o tratamiento de cualquier elemento independiente; *d)* que tales elementos resulten accesibles individualmente.

Protección de las bases de datos por el derecho de autor.—Una base de datos puede obtener la tutela del derecho de autor y del derecho *sui generis*. Para que esté protegida por el derecho de autor, será necesario que exista originalidad en su estructura, en la selección o disposición de los datos que contiene, tal como indica el artículo 12 LPI. La tutela por el derecho de autor tiene por objeto la estructura de la base de datos, no su contenido ni sus elementos constitutivos. Además, el hecho de que una base de datos no obtenga protección por el régimen del derecho *sui generis*, no significa que automáticamente se excluya su amparo por el derecho de autor.

Protección de las bases de datos por el derecho *sui generis*.—El derecho *sui generis* se reconoce a los fabricantes de bases de datos con el objeto de fomentar y proteger aquellas inversiones sustanciales en los sistemas de almacenamiento y tratamiento de datos que contribuyan al desarrollo del mercado de la información. Se trata de una protección que no está vinculada a la originalidad de la base de datos. No es necesario que sea original ni que los datos contenidos en la base estén tutelados por la protección dispensada por el derecho de autor. Es suficiente, simplemente, con que suponga una inversión sustancial para la obtención, verificación o presentación de su contenido, desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo.

La extracción de contenidos de una página web como acto de aprovechamiento indebido.—Según el Tribunal Supremo, a la hora de determinar si ha habido un aprovechamiento indebido, debe utilizarse un concepto amplio de «extracción», considerándose que se refiere a todo acto no autorizado de apropiación de la totalidad o de una parte del contenido de una base de datos, siendo indiferente la naturaleza y la forma en que se haya hecho. A estos efectos, es determinante la existencia de un acto de transferencia, de incorporación de los contenidos a otro soporte distinto de la base de datos original. A la hora de determinar si existe o no extracción, es indiferente que el acto de transferencia tenga por objeto la constitución de otra base de datos, compita ésta o no con la originaria, o que dicho acto se enmarque en el contexto de una actividad comercial o no, distinta de la constitución de una base de datos. (STS de 9 de octubre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos.]

HECHOS.—La demandante es una compañía aérea de vuelos baratos que ofrece y vende sus productos directamente a los consumidores mediante su propia página web. En dicha página web existe un aviso donde se prohíbe expresamente el uso de cualquier sistema automatizado o software que permita extraer datos de dicha página web para mostrarlos en otros sitios web. Por otro lado, la demandada es una agencia de viajes *on line* que, con ánimo de lucro, accede a dicha página web y, mediante una herramienta informática denominada «*screen scraping*», se introduce en sus

patrones de búsqueda y proyecta el resultado en la propia web de la demandada. En el supuesto de que el cliente esté interesado en la adquisición de un pasaje, contrata directamente con la actora por medios electrónicos, sin otra mediación de la demandada que la de colocarle por medios informáticos como interlocutor directo de la compañía aérea cuya identidad no queda desvelada hasta después de perfeccionado el contrato. La actora demanda a la agencia de viajes por infracción de sus derechos de propiedad intelectual sobre su página web y alegando un acto desleal de aprovechamiento indebido. Entiende que su página web constituye una base de datos protegible por el derecho de autor y por el derecho *sui generis*.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial consideraron que no existía una infracción relevante de las condiciones de uso de la página web de la actora, ya que ésta no puede imponer límites al uso que hagan los usuarios de la información que se facilita, ni impedir a las agencias de viajes que desarrollen su actividad de la forma descrita. Igualmente, rechazaron que la base de datos de la demandante fuera una creación intelectual a los efectos del artículo 12 LPI y la existencia del derecho *sui generis* de los artículos 133 y siguientes LPI. Desestimaron, finalmente, la alegación sobre la infracción de la Ley de Competencia Desleal.

El Tribunal Supremo llega prácticamente a la misma conclusión que las anteriores instancias. Entiende que no estamos ante una verdadera base de datos que merezca protección, en la medida en que no se ha logrado demostrar ni la originalidad de la misma ni la existencia de una inversión sustancial. Por tanto, ya no es preciso examinar si existe o no extracción de los contenidos de la base de datos que pudiera constituir una infracción. Por este motivo también, el Tribunal Supremo considera que no hay acto desleal, pues quien contrata e incorpora a otros soportes los datos generados por la demandante es el cliente de la agencia de viajes demandada y no ésta.

NOTA.—Las bases de datos pueden recibir una doble protección por parte de la LPI. Pueden recibir la protección como obra, siempre que sean originales (art. 10 LPI). La originalidad, en este caso, se encuentra en la forma de seleccionar y ordenar los contenidos que componen la base de datos en cuestión. Ahora bien, no habría originalidad si se realiza una mera recopilación indiscriminada de contenidos o si se ordenan conforme a criterios habituales o rutinarios (orden cronológico, alfabético...). El autor de la base de datos tendrá derechos exclusivos y derechos morales. Los derechos de exclusiva se refieren a la posibilidad de autorizar o prohibir la reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de su obra. Respecto de los derechos morales, tendrá la posibilidad de decidir la divulgación o no de su obra, el derecho de paternidad, de integridad, de modificación, de acceso al ejemplar único o raro, y de retirada. La duración del derecho dependerá del tipo de autor autor. Si se trata de una obra colectiva, la duración será de 70 años desde la divulgación de la base de datos (art. 28.2 LPI). Si ha sido creada por una persona física y no es una obra colectiva, durarán la vida del autor más 70 años *post mortem auctoris* (art. 26 LPI). Por otro lado, con independencia de que la base de datos constituya o

no una obra, puede recibir también la protección del derecho *sui generis* (arts. 133 y ss. LPI). En este caso, el titular será el fabricante de esa base de datos y lo que se protege es la inversión sustancial que realice aquél, «ya sea con medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido» (art. 133.1 LPI). El fabricante dispone de dos derechos (art. 134 LPI): *a*) el derecho a prohibir o autorizar la extracción de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente –sacar físicamente el contenido y fijarlo en otro soporte–; *b*) el derecho a prohibir o autorizar la reutilización de una parte sustancial del contenido –poner a disposición del público el contenido de esa base de datos–. El plazo de protección, en este caso, es más corto que respecto del autor: quince años, contados desde el 1 de enero del año siguiente a la fecha en que se dé por finalizado el proceso de fabricación de la base de datos (art. 136.1 LPI). No obstante, hasta que acabe ese proceso, su protección quedará al amparo de la normativa sobre competencia desleal. (S.L.M.)

DERECHO DE FAMILIA

22. Divorcio. El préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda habitual no constituye una carga del matrimonio sino una deuda de la propiedad.—No cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia, la normativa aplicable a tales bienes es la propia del régimen general de la copropiedad y, en concreto, el artículo 393 CC, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales. Por ello, la sentencia desconoce la doctrina de la Sala (SSTS de 5 de noviembre de 2008 y de 29 de abril de 2011), expresivas de que la hipoteca no puede considerarse una carga del matrimonio, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario. (STS de 26 de noviembre de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La sentencia de divorcio impuso al actor, entre otras medidas, la obligación del pago del 100% de la cuota mensual del préstamo hipotecario suscrito por ambos cónyuges para la adquisición de su vivienda habitual. Tanto en la instancia como en apelación se mantuvo dicha medida. El demandante interpuso recurso de casación por infracción de la doctrina jurisprudencial, toda vez que con dichas resoluciones se vulneraba la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la obligación de pago del préstamo hipotecario suscrito para la adquisición de la vivienda habitual no es una carga del matrimonio, sino una deuda de los propietarios de

la misma y, en tal sentido, debe ser atendida por ambos cónyuges por mitad ya que, vigente el régimen de separación de bienes entre ellos, la habían adquirido conjuntamente a medias. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La sentencia expuesta viene a consolidar la nueva doctrina del Tribunal Supremo en la materia, unificando la práctica contradictoria, y a veces disfuncional, de las audiencias provinciales en las que se siguieron criterios abiertamente opuestos y enfrentados. Así, a título de ejemplo, a favor de considerar el pago de la hipoteca como una carga del matrimonio, se pronunciaron entre otras las SAP Madrid (Sec. 22.^a, de 29 de mayo de 2001 y 29 de junio de 2004; la SAP Castellón (Sec. 3.^a, de 13 de junio de 2001; y la SAP Alicante (Sec. 4.^a, de 14 de diciembre de 2001. Por el contrario, estimaron que se trataba de una deuda de la sociedad de gananciales la SAP Barcelona (Sec. 12.^a, de 13 de octubre de 1998; la SAP Murcia (Sec 5.^a, de 7 de febrero de 2012; y la SAP Zamora (Sec. 1.^a, de 29 de diciembre de 2011. (L.A.G.D.)

23. Divorcio: Matrimonio regido por la separación de bienes: Pago de la hipoteca sobre dos fincas pertenecientes proindiviso a cada uno: No constituye carga del matrimonio y pertenece abonarlo a cada uno de los comuneros por mitad: Recurso extraordinario por infracción procesal: Falta de motivación.—a)

Según doctrina de esta Sala la motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (SSTS de 14 abril 1999, 8 octubre 2009, 7 julio 2011, entre otras). En este sentido el TC ha señalado que *la motivación ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la «ratio decidendi» de las resoluciones* (STC 77/2000). En este caso, la motivación contenida en la sentencia recurrida, aun escueta, no ha impedido a la parte recurrente su eventual control jurisdiccional a través del recurso de casación, conociendo que la resolución que ahora se impugna se argumenta en un simple hecho consistente en que era esta parte quien venía haciendo frente al pago de los préstamos hipotecarios en fechas anteriores al cese de la convivencia, dada la falta de recursos económicos de la otra parte, con lo que tampoco vulnera el artículo 24 CE.

b) La noción de carga del matrimonio, dice la STS de 31 de mayo de 2006, debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 102-3.º CC). Pero no cabe considerarlo tal el gasto generado por ciertos bienes que, aun siendo de

carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia, la normativa aplicable será la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 CC conforme al cual el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales.

c) Aun sin decirlo expresamente, la sentencia recurrida considera el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava dos viviendas, incluida la vivienda conyugal, como una carga propia del matrimonio, y obliga a uno de los cónyuges a hacer frente al pago a una y a otra sin más motivación que la expresada anteriormente. Con tal pronunciamiento se desconocen las SSTS 31 de mayo de 2006, 5 de noviembre de 2008 y 28 de marzo de 2011, a las que puede añadirse la STS de 29 abril 2011, expresivas todas ellas de que la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso, por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario, y por tanto el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesto a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en este caso lo es de separación. (**STS de 26 de noviembre de 2012**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—En el mismo sentido, Martínez de Aguirre, *Curso de Derecho civil (IV) Derecho de familia*, 3.^a ed. p. 172. Adviértase que la STS de 25 de febrero de 2011 (extractada en ADC, 2012, núm. 89, p. 958) relativa a un matrimonio regido por el régimen de gananciales (supuesto diferente del aquí contemplado), formula como doctrina jurisprudencial general que *el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad el inmuebles destinado a la vivienda familiar (...) no constituye carga del matrimonio a los efectos de los artículos 90 y 91 CC*. También lo diferencia de los pagos relacionados con la conservación y mantenimiento de dicho inmueble que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio. Marginalmente cabe señalar que la sentencia extractada se inscribe en la reciente tendencia jurisprudencial de reducción del tiempo para resolver el recurso de casación, al no haber transcurrido tres años entre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la de la Sala 1.^a (25 de febrero de 2010 y 26 de noviembre de 2012). En cuanto al fondo, probablemente la necesidad de hacer frente al pago del préstamo hipotecario pendiente es uno de los motivos que en mayor medida, de hecho, determinan o condicionan actualmente la decisión de los cónyuges de instar el divorcio, en no pocos casos, mientras subsista la crisis. (G.G.C.)

24. Divorcio: Derecho de alimentos de los cónyuges como medida provisional.—Habiéndose solicitado por la esposa en el mismo escrito una pensión de alimentos para los hijos y otra para ella misma, formándose al efecto pieza separada, ocurrió que coincidió en el tiempo la celebración de la vista para las medidas provisionales y el procedimiento principal. Resultado de esa coincidencia fue el auto del 15 de febrero de 2011 en que se acuerda no adoptar ninguna de las medidas provisionales interesadas porque habiéndose celebrado la vista del procedimiento principal de divorcio en idéntica fecha al presente procedimiento, el dictado de las dos resoluciones (la presente y la correspondiente al proceso de divorcio) va a ser la misma, de tal forma que no ha lugar a efectuar un pronunciamiento sobre una cuestión que no va a tener eficacia alguna por coincidir ambos en el tiempo.

En el recurso extraordinario por infracción procesal se cita el artículo 248.1 LEC porque la sentencia no ha resuelto todas las pretensiones deducidas en el pleito, no entrando a valorar si tenía o no derecho la esposa a percibir alimentos de su esposo con carácter de medida provisional. El derecho a percibir alimentos y a que se repartan las cargas del matrimonio son medidas que pueden acordarse con carácter previo a la separación o el divorcio. Son medidas diferentes de las que se adoptan con carácter definitivo puesto que, en lo económico, no se incluye entre las mismas la pensión compensatoria o favor de uno y otro cónyuge en los supuestos previstos en el artículo 97 CC, ni tampoco resultan necesarias si hasta el momento de la ruptura se está cumpliendo por ambos cónyuges los derechos y las obligaciones propias del matrimonio. El derecho a percibir la pensión compensatoria nace de la sentencia que es constitutiva del derecho a percibirla y a la misma no pueden aplicarse los efectos previstos en el artículo 148 CC según el cual éstos se abonan desde la fecha en que se interponga la demanda (así SSTS de 14 de junio, 21 de julio y 26 de octubre de 2011).

La cuestión de si existe una diferencia total y absoluta entre los alimentos debidos en casos de procedimientos por causa de crisis familiar y los debidos según los artículos 142 ss. CC, está resuelta por STS de 14 de junio de 2011, con cita de la STS de 5 de octubre de 1995 en la que se dice que no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Tit. VI, Libro I, CC, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad.

En el presente caso, si bien resulta intrascendente que respecto a los hijos se hubiera pronunciado el auto de medidas, pues los efectos de los alimentos que se conceden definitivamente en la sentencia de divorcio se retrotraen al momento de la interposición de la demanda, que en este caso es común a las medidas y al divorcio, no sucede lo mismo con los alimentos de la esposa que la sentencia dejó sin resolver y a la que, de resultar procedentes, se le ha privado de los mismos desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la sentencia de divorcio en que desaparecen.

La admisión de este motivo determina la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que se pronuncie sobre el particular.

Pensión compensatoria: Temporalidad: Circunstancias concurrentes en la esposa: Doctrina general.—El establecimiento de un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria, es una de las posibilidades del órgano judicial y depende de que con ello no se resienta la función de compensar el desequilibrio que le es consustancial. Esta exigencia obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso particularmente, aquellas entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la persona beneficiaria

para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá de su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. En el juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, habrán de ser respetadas en casación siempre que aquellas sea consecuencia de la ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC. Solo es posible revisar este juicio en casación cuando se muestra como ilógico o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia (SSTS 29 de septiembre de 2010 y 24 de octubre de 2012).

La aplicación de esta doctrina determina la desestimación del motivo. Para la fijación de la limitación temporal a tres años la sentencia recurrida ha tenido en cuenta los 24 años que duró el matrimonio durante los cuales la esposa se dedicó al cuidado de la familia, la edad de ambos cónyuges al contraer matrimonio en relación con la edad que cuentan al momento del divorcio, los ingresos del esposo y el trabajo de la esposa durante 14 años, 10 meses y 4 días, haciéndolo tanto antes de contraer matrimonio como después, si bien después de casarse sólo ha trabajado 717 días, mientras que antes lo hizo durante 4.656 días. Es decir, la sentencia ha tenido en cuenta las circunstancias concurrentes en la esposa (**STS de 30 de octubre de 2012**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—En el presente caso se discuten dos cuestiones de desigual importancia práctica. En primer lugar la petición de alimentos por la esposa como medida provisional, y luego la limitación de la pensión compensatoria a tres años. La primera se estima en el recurso extraordinario, y se devuelve a la Audiencia Provincial para que la resuelve, mientras que la segunda incluida en la casación, se desestima.

La doctrina nunca ha dudado sobre la diferencia de régimen entre los alimentos solicitados como medida provisional al amparo de la 3.ª medida del artículo 103 CC (texto nunca modificado por el legislador desde su promulgación en 1981) y la eventual y definitiva obligación de pagar alimentos al otro cónyuge en cualquier proceso matrimonial. Cfr. García Cantero, en Albaladejo, *Comentarios...*, II, 2.º ed. (Madrid 1982), pp. 464 s., y Laura López de la Cruz, *Código civil comentado*, I (dirs. Ana Cañizares Laso *et alri*) (Cizur Mayor 2011), com. al artículo 103, pp. 560 ss. En cuanto a las razones de la temporalidad de la prestación compensatoria, no todos los factores o circunstancias personales del cónyuge afectado destacados en la sentencia extractada son igualmente convincentes. Prosigue el laudable propósito de reducir la duración de los procesos familiares: La sentencia del Juzgado de Primera Instancia se dicta el 15 de febrero de 2011, la apelación el 11 de julio de 2011, y la casación el 30 de octubre de 2012; la recurrente ha dispuesto de un plazo razonable para afrontar su futuro sostenimiento. (*G.G.C.*)

25. Patria potestad sobre hijo no matrimonial: Titularidad y ejercicio conjunto de ambos padres reconocedores: Artículo 156 CC: Desacuerdo: Elección de residencia del hijo: Decisión judicial que no respe-

ta los derechos del padre ni el interés del menor.—Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad sobre hijos no matrimoniales reconocidos corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales sujetas al interés superior del menor. Una de ellas, es la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.

Dice el artículo 156 CC que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Ello supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cual de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación. La regla general, por tanto, es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno sólo de los progenitores.

Tratándose de filiación matrimonial la residencia de los menores se relaciona también con el domicilio familiar que deriva del deber de vivir juntos que recae sobre los cónyuges, a tenor del artículo 68 CC, disponiendo el artículo 70 que ambos lo fijarán de común acuerdo, y en caso de discrepancia resolverá el Juez teniendo en cuenta el interés de la familia. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otras la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integren dentro del grupo familiar afectado por la ruptura, coincidente en general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y sólo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

Es cierto que la CE en su artículo 19 determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema aquí suscitado no es éste. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto en su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben ser preferentemente tutelados, podría conllevar un cambio de la guarda y custodia.

En el presente caso la resolución de la Audiencia Provincial recurrida dice que *la guarda y custodia de la menor Claudia se atribuye a su madre D.ª Mag-*

dalena, siendo esta como guardadora de la menor quien estará facultada expresamente para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija. Sin duda, hubo desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hija, y se acudió también a la autoridad judicial. Sin embargo la solución adoptada deja a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos-deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor, y deja, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de la niña el desplazamiento que se interesa, adoptando incluso un régimen de visitas absolutamente indeterminado y en función de un posible desplazamiento de la menor al extranjero vinculado a la guarda y custodia de la madre, que tampoco ha sido definido ni en cuanto al tiempo de permanencia, ni en razón a las circunstancias concurrentes (*en el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York*, afirma la sentencia).

Al resolver de esta forma, la resolución recurrida deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (art. 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de 20 noviembre 1989, ratificada por España el 30 noviembre 1990, así como la LO 1/1996, de PJM, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados, como dice en su informe el MF, que se comparte.

La estimación del segundo motivo conduce a la completa estimación del recurso de casación y determina la anulación de la sentencia recurrida y la devolución de los autos a la Audiencia para que dicte nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio (*sic!*) a Nueva York, ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte y en su vista acuerde el régimen de guarda y custodia y fije un régimen de visitas justo, equitativo y estable que garantice los derechos de la menor y de sus padres. (STS de 26 de octubre de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los hechos básicos ofrecen cierta complejidad no exenta de indefinición. Se alude a un procedimiento de medidas provisionales núm. 615/2009, desarrollado paralelamente aunque con posterioridad al de medidas definitivas (núm. 814/08, de juicio verbal de guarda, custodia y alimentación), entre idénticas partes, D. Cirilo y D.^a Magdalena, en relación con su hija común menor de edad Claudia. El primero, al parecer, se resolvió previamente sin que consten con claridad las medidas adoptadas.

En el juicio *definitivo* se describen minuciosamente las medidas a adoptar judicialmente, solicitadas por el progenitor D. Cirilo y relativas a los puntos siguientes:

1. Ejercicio compartido de la patria potestad.
 2. Guarda y custodia de Claudia.
 3. Comunicación de ambos progenitores con su hija.
 4. Régimen de visitas y estancias (fines de semana, periodos vacacionales, día del Padre y de la Madre y cumpleaños).
 5. Pensión de alimentos a favor de Claudia.
 6. Comunicaciones entre los progenitores.
- La minuciosidad de la propuesta

paterna se refleja en la cláusula final: «Los gastos *extraordinarios* de Claudia entendiendo por tales los médicos o quirúrgicos no cubiertos por la Seguridad Social, y los educacionales que excedan de la escolarización obligatoria, como actividades extraescolares, clases de apoyo, cursos de idiomas, excursiones, campamentos de verano, y demás de la misma índole, serán satisfechos por ambos progenitores por mitad siempre que conste el previo acuerdo de ambos al respecto. La consulta al progenitor no custodio recabando su consentimiento respecto del gasto, deberá realizarse por cualquier medio que deje constancia fehaciente, y se entenderá tácitamente prestado por el progenitor no custodio si en los quince días siguientes a la recepción de la comunicación no hubiera dado respuesta al mismo».

D.^a Magdalena contestó oponiéndose y solicitó que se autorizase que Claudia resida en Nueva York con su madre, atribuyendo a ésta la guarda y custodia, estableciendo el determinado régimen de visitas que se especifica, fijando en 750 euros mensuales la pensión de alimentos de Claudia que abonará el otro progenitor.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid dicta sentencia de 20 de abril de 2010, estimando parcialmente la demanda del padre, elevando a definitivas las medidas provisionales acordadas en el procedimiento 615/2009, mediante auto de la misma fecha [cuyo contenido se omite].

El recurso de apelación interpuesto por la madre se estima parcialmente por SAP de Valladolid, sección 1.^a de 28 de febrero de 2011, revocando la sentencia del Juzgado en los siguientes puntos: *a)* atribución a la madre de la guarda y custodia de Claudia; *b)* si la madre se traslada a NY, el régimen de visitas será el pactado y recogido en la sentencia apelada; *c)* mientras Claudia permanezca en Valladolid, se establece un especial régimen de visitas paterno; *d)* el padre debe abonar la matrícula de su hija en el Colegio Internacional de Valladolid durante el curso 2011-2012. Hay un Auto de aclaración a instancia de la madre sobre el régimen de visita.

Hay puntos oscuros y una afirmación contradictoria en la sentencia del Tribunal Supremo. No consta la edad de la hija común, ni la nacionalidad de la madre (parece probable su origen extranjero). Quizá hubiera sido ilustrativa una sucinta historia de la unión de hecho. En la sentencia se refleja una actual etapa de fuertes discrepancias, aunque ambos progenitores muestran su común interés por el *bonum suae filiae*. Pero nada se dice si ocurrieron eventuales periodos de convivencia, solos entre sí o con su hija. Hasta el momento de litigar ¿se había limitado el padre a visitar, esporádicamente o de modo regular, a la hija que se criaba en casa de la madre, o, por el contrario, se hizo cargo personalmente de la niña en algún periodo de la vida de ésta?: o lo que también parece probable: ¿cuánto tiempo convivieron los tres? Pero hay una cuestión importante envuelta en sombras de duda: ¿Ha habido boda en cualquier fase de las relaciones de la pareja? En tal caso, el marco legal y procesal de la litis es diverso según se trate de hija no matrimonial reconocida por ambos, o de haber mediado eventualmente una *legitimatio per subsequens*, en cuyo caso habría una sentencia de nulidad, separación o divorcio, con obligadas decisiones sobre la guarda y custodia de la hija común. El FD 3 lo afirma paladinamente, pero, en mi opinión, lo más probable es que la frase *traslado de la hija del matrimonio*, se trate de un *lapsus calami*.

En cuanto al fondo creo que debe aplaudirse la sentencia extractada por iluminar un aspecto menos tratado por la doctrina debido a algunas circunstancias concurrentes en la normativa aplicable. Se ha llamado la atención

sobre las disfunciones derivadas de que las leyes 11 y 30/1981, de reforma del Código civil se aprobasen sin que las vicisitudes de una influyeran en la otra, dando lugar a resultados a veces muy chocantes (Yzquierdo Tolsada, *Comentario al artículo 156 CC*, en «Código civil comentado», I (dirs. Ana Cañizares Laso *et altri*) (Cizur Menor 2011), p. 778. Ha podido influir eventualmente la actitud del intérprete de la patria potestad que utiliza el parámetro de la filiación matrimonial, y acaso la tradicional inclinación *pro matre* de la mayoría de jueces al enfrentarse con las relaciones de filiación. En todo caso el caso contemplado se considera expresamente en la doctrina más reciente. Así Pérez Álvarez, *Curso* (IV) 3.^a ed., bajo el epígrafe «El ejercicio de la patria potestad en los supuestos en que los progenitores no conviven», los identifica así: ya sea «porque los cónyuges unidos en matrimonio han dejado de vivir juntos y no se ha interpuesto demanda de nulidad, separación o divorcio; porque existiendo unión de hecho ha cesado la convivencia; o porque los progenitores nunca han vivido juntos». El Tribunal Supremo nos recuerda que la primera regla aplicable a la titularidad y ejercicio de la patria potestad en la filiación no matrimonial es la que figura en el encabezamiento del artículo 156: La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, entre otras razones, porque es lo que mejor contribuye al *bonum filii*. Hay que insistir que no se trata solo de la titularidad sino de su ejercicio que suele sintetizarse brevemente en la guarda y custodia. La realidad ofrece luego gran variedad de situaciones fácticas, cuya frecuencia ha aconsejado al legislador a regularlas *ad casum*. Progenitor varón que después de reconocer su paternidad legalmente abandona a la madre y no vuelve a aparecer, o que está en la imposibilidad de hacerlo (detención, internamiento por drogadicción, desplazamiento al extranjero, etc.), o bien hijo nacido de relaciones esporádicas. Una encuesta algo antigua mostraba que en España, en la mitad de nacimientos extramatrimoniales sólo interviene el reconocimiento materno (es improbable en tales casos que el padre biológico aparezca en la vida del hijo común); en algo menos de una tercera parte hay intervención de ambos, ya sea en el nacimiento o *a posteriori* (aquí pueden surgir problemas, incluyendo los reconocimientos de complacencia); en el resto el niño se inscribe como hijo de padres desconocidos. Una última observación: han transcurrido más de cuatro años desde que se interpone la demanda ¿por qué no resuelve sobre el fondo la Sala del Tribunal Supremo? ¿no perjudica al interés de la menor que se demore el conocer su situación jurídica? (G.G.C.)

26. Guarda y custodia de los hijos encomendada a la madre: Cambio instado por el padre de lo resuelto en sentencia de divorcio: Interés del menor: Opinión de los menores adolescentes: Razones de la denegación.—Esta Sala ha venido repitiendo que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, tal como afirma la SSTS de 9 de marzo de 2012, con cita de las SSTS de 21 y 22 de julio de 2011. La razón se encuentra en que el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor en interés de éste. Se mantiene en estos procesos la interdicción del nuevo examen de la prueba en casación, y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés podrá esta Sala, examinar las circunstancias más adecuadas para dicha protección (SSTS de 11 de enero y 27 de abril de 2012).

En el presente caso la Audiencia Provincial ha examinado las pruebas aportadas y ha tenido en cuenta el interés de los menores en un contexto difícil en razón a los conflictos generados sin solución de continuidad por sus progenitores. La consideración de que el hijo y la hija adolescentes del matrimonio quieren irse con su padre poco tiempo después de que se decidiera asignar judicialmente a su madre la guarda y custodia, no es ni mucho menos conforme a este interés, antes al contrario, provoca, o puede provocar, un evidente enfrentamiento con las partes en conflicto.

El interés del menor exige un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar en la que no todos los deseos del hijo se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia, a modo de ida y vuelta en razón a su estado de ánimo o de situaciones puntuales de divergencia que modifican a conveniencia del menor la guarda y custodia, propiciando en algún caso situaciones indudablemente perversas para el grupo familiar cuando se involucran otras medidas como la de alimentos o el uso de la vivienda, y ello el derecho no lo ampara sin más. Los conflictos a esas edades entre padres e hijos son en cierta manera lógicos pero ello no puede servir sin más de argumento para modificar la medida de guarda y custodia adoptada en su momento, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes, incluido el informe psicosocial, que ha evaluado la situación familiar.

Es cierto que la opinión de los menores debe ser tenida en cuenta, y que el artículo 92 CC, en relación con el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, no indica ningún criterio para determinar y delimitar el interés del menor en el régimen de custodia, salvo el que resulta de la unión entre los hermanos, como tampoco el carácter o no de prueba del derecho a ser oído, ni el grado de confidencialidad que debe presidir la exploración de los menores. Esta Sala ha utilizado algunos criterios tales como que la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con aquellos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Todos ellos se han tenido en cuenta para resolver lo que aquí interesa y es evidente que la valoración conjunta de este informe y la exploración realizada en ambas instancias antes de pronunciarse generó la duda de si lo expresado por los menores responde a una voluntad real de cambiar de progenitor custodio, abandonando a su madre, y no a la manipulación por parte de su padre derivada del propio conflicto matrimonial en el que no sólo están en juego derechos de las partes sino los intereses de los menores directamente afectados por la resolución que se dicte.

Lo que se exige, dentro de unos límites razonables, es no solo una mayor implicación de todos, especialmente del padre no custodio, inexistente en el caso, sino la prueba por parte de quien interesa el cambio de la medida de que se han alterado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, haciendo prueba cumplida tanto de la incapacidad de quien ostenta la custodia para hacer frente a dichos menesteres, como de la capacidad de quien pretende asumirla, y es evidente que ningún sentido ni explicación tiene el hecho de que unos meses antes de solicitar el cambio se acepte *por final conformidad de las partes*, que los hijos queden con su madre y que muy poco

tiempo después se pretenda una solución distinta contra el resultado de la prueba expresiva de su *manifiesta incapacidad en la imposición de límites a los menores, careciendo de habilidades suficientes para valorar o reconocer el sufrimiento afectivo de los hijos*. Nada hay, por tanto, de arbitrario ni ilógico en la decisión de la Audiencia Provincial, ni en la apreciación de los hechos ni en su valoración, susceptible de alterarla en la forma interesada en el motivo. (STS de 25 de octubre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Notable sentencia por la profundización psicológica que realiza de la situación en que, al parecer, se encuentran los protagonistas del litigio: padres divorciados en constante conflicto e hijos adolescentes que, según los informes, pretenden utilizar en beneficio propio las debilidades educativas de sus progenitores. En este proceso se solicita un cambio de guarda poco tiempo después de haber convenido todos en su atribución a la madre, modificación que la razonable sentencia deniega con acierto por considerarla injustificada. Prosigue la auspiciada reducción de la duración del proceso familiar: desde el 1 de febrero de 2010 (Juzgado de Primera Instancia) hasta el 25 de octubre de 2012 (Tribunal Supremo); abreviación que coadyuvará al seguimiento judicial de una familia inestable que puede evolucionar en cualquier momento en beneficio o daño de los menores afectados. (G.G.C.)

DERECHO DE SUCESIONES

27. Reclamación de derechos hereditarios por hija desheredada, luego rehabilitada: La parte que se ha aquietado ante la Audiencia Provincial no puede interponer recurso por infracción procesal: Función de la casación.—El complicado entramado familiar que más tarde, fallecido el *pater familiae*, devino en económico y de éste, en judicial, hasta llegar a esta Sala, parte del patrimonio hereditario de D. Guillermo, fallecido el 21 de febrero de 1997, el cual habiendo otorgado testamento abierto el 2 de julio de 1996, deshereda a su segunda esposa (de la primera se hallaba divorciado) por la causa del 855.1.º CC (incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales); y deshereda también a sus hijos D. José Ángel y D.^a Ángela, del primer matrimonio (del segundo no hubo descendencia) por la causa del artículo 853. 2.º CC (maltrato de obra o injuria grave de palabra). Solamente la última interpuso demanda interesando la declaración de no ser cierta la causa de desheredación, lo que fue estimada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Guadalajara, de 11 de marzo de 1999, que declaró la nulidad de la causa de desheredación y reconoció el derecho de D.^a Ángela a la legítima estricta que le corresponde, y quedó firme. En dicho testamento instituyó como heredera a su hija Marí Trini, además de atribuir varios legados.

D.^a Ángela interpuso demanda con un amplio suplico en que interesa se declare que tiene derecho a la legítima estricta, lo que es obvio y no precisa declaración judicial; interesa asimismo que se declaren los bienes que dejó el causante, su padre; que recibió en concepto de donación; que se declare el importe de su legítima estricta; que se declaren inoficiosas donaciones

en favor de la heredera, su hermana D.^a Marí Trini y que se condene a los demandados a que le adjudiquen bienes que constituyen su legítima estricta. Demanda también a su hermano D. José Ángel, representado por su hijos.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Guadalajara, de 29 de septiembre de 2007, después de declarar los bienes que dejó el causante (*relictum*) y los que donó (*donatum*), determinó el valor total del patrimonio hereditario, el importe de cada uno de los legitimarios y declara que la demandante D.^a Ángela ha recibido por donación del causante bienes cuya valoración cubre su participación de una tercera parte en el tercio de legítima estricta que le corresponde en la herencia de su difunto padre D. Guillermo, sin que por ello sea necesario proceder a una nueva partición hereditaria, ni adjudicar a la demandante otros bienes además de los por dicho título ya percibidos, ni adjudicar a la demandante otros bienes además de los ya percibidos, desestimando la demanda. Apelada la sentencia por la actora y aquietados todos los codemandados la Audiencia Provincial de Guadalajara en sentencia de 22 de junio de 2009, desestimó la demanda y absolvió a estos últimos, con leves modificaciones (incluyendo entre los bienes donados a D.^a Marí Trini una cantidad no importante respecto al valor total del patrimonio hereditario, y otras declaraciones con ligera modificación del cómputo del caudal partible). Esta última interpone recurso por infracción procesal y de casación interesando la confirmación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Se deben rechazar todos los motivos del recurso por infracción procesal dado que la recurrente se aquietó con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

El recurso de casación tiene cinco motivos y la tónica general es un interés de la recurrente codemandada en que esta Sala repita todas las operaciones particionales que han hecho las dos sentencias de instancia, con un discutible criterio ya que este juicio según los trámites del antiguo mayor cuantía no es lo más adecuado para una partición y, en todo caso, la función de la casación no es asimilable a una tercera instancia ni tiene que entrar en la cuestión fáctica, sino exclusivamente en el control de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico (SSTS de 25 de junio de 2010, 14 de abril de 2011 y 4 de abril de 2012).

Dispensa de colación.—La cita heterogénea de preceptos del CC sobre colación, fijación de legítima, donaciones y legados y su cómputo o deducción y sobre las mejoras, no es idónea para sustentar un motivo de casación, ya que es la parte recurrente la que tiene que señalar donde se halla la infracción que denuncia, y no cabe que se halle en todo el conjunto, habiendo declarado las SSTS de 13 de abril y 10 de noviembre de 2009, que tal acumulación de preceptos heterogéneos en un solo motivo necesariamente se traduce en la desestimación de éste; y también que incumple las exigencias de claridad y precisión propias del recurso proyectando confusión en el razonamiento sobre pertinencia y fundamentación del motivo, siendo causa de inadmisión (STS de 27 de marzo de 2009), o, ya en este trámite, de desestimación (SSTS de 23 de mayo y 19 de diciembre de 2002; y 13 de febrero, 2 de marzo, 21 de abril y 13 de octubre de 2004, y 2 de febrero de 2005). En todo ello no aparece una infracción que afecte directamente a la recurrente, sino que pretende sustituir la labor objetiva del órgano jurisdiccional por la suya propia. Tampoco es aceptable lo relativo a la dispensa de colacionar, pues esta, según STS de 24 de enero de 2008, fundada en el artículo 1036 CC no ha sido revocada ya que no cabe deducir, en perjuicio de la legitimaria, que se

le revocó tácitamente por el mero hecho de atribuírsele la legítima estricta después de la anulación de la desheredación, aunque pudo hacerlo en el testamento que otorgó. (STS de 29 de noviembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—Con toda razón el supuesto de hecho de esta sentencia se califica de *complicado entramado familiar, económico y judicial*, que la sentencia extractada trata de simplificar y aclarar. Hay, sin duda, una poco acertada elección del procedimiento elegido ya que las operaciones testamentarias discurren con mayor fluidez por los trámites de la jurisdicción voluntaria que por el viejo juicio declarativo de mayor cuantía; también se ha incurrido en notorios desaciertos al interponer el recurso de casación por la dirección letrada correspondiente. Inicialmente hay un testamento del padre, (podría decirse, en apariencia, otorgado *ab irato*), en el que el testador deshereda a su segunda esposa y a dos hijos del primer matrimonio. Se comprende la reacción de estos últimos si, como se ha probado, la desheredación se hizo sin causa. El conflicto parecía muy indicado para seguir la vía de la mediación. Pero la acción judicial ejercitada por la hija rehabilitada muestra que en vida de su padre había recibido donaciones colacionables cuyo importe superaba la legítima estricta. El recurso de apelación apenas modifica levemente la partición efectuada por el Juzgado de Primera Instancia. La actora se aquieta pero no así la hija favorecida por el testamento que, sin embargo, se había aquietado con aquella, y que extrañamente recurre al Tribunal Supremo. Sentencia pedagógica, plenamente de aprobar. Marginalmente habría que llamar la atención sobre la escasa formación sobre Derecho de sucesiones que probablemente van a recibir en adelante los alumnos del Grado en Derecho recientemente introducido entre nosotros; sólo algunos Masters parece que van a proporcionarla con mayor extensión y profundidad a los futuros abogados en ejercicio que salgan de nuestras aulas. (G.G.C.)

28. Interpretación del testamento.—La interpretación del contenido del testamento debe hacer siempre otorgando prevalencia a la voluntad real del testador (art. 675 CC), por lo que habrá que averiguar con qué intención o finalidad se manifestó dicha voluntad.

Características del fideicomiso de residuo.—El Tribunal Supremo señala que las facultades de disposición del fiduciario, su modo y su ejercicio, dependen de la voluntad declarada del testador. A este respecto, el Alto Tribunal hace las siguientes consideraciones sobre el fideicomiso de residuo. En primer lugar, el llamamiento a los herederos fideicomisarios no es condicional, sino cierto desde la muerte del testador. Lo único incierto es el caudal o cuantía a heredar, que dependerá de la modalidad de fideicomiso dispuesto. El fideicomisario trae directamente causa del fideicomitente o testador, pues el fiduciario, a estos efectos, no transmite derecho sucesorio alguno que no estuviera ya en la esfera hereditaria del fideicomisario (art. 784 CC).

En segundo lugar, aunque el fiduciario esté autorizado con las más amplias facultades de disposición, sigue teniendo la obligación de conservar en lo posible, y conforme al objeto del fideicomiso, los bienes hereditarios

para el heredero fideicomisario. De esta manera se entiende mejor el juego de los artículos 781 y 783 CC. Por tanto, la facultad de disponer deberá entenderse restrictivamente conforme a la finalidad de conservación que deriva del fideicomiso de residuo. En este sentido, los límites, ya sean testamentarios o generales, al ejercicio de estas facultades de disposición también determinarán la carga de la prueba, según la mayor o menor amplitud de las facultades concedidas.

En tercer lugar, el mecanismo de la subrogación real respecto de la disposición realizada, debe operar en el fideicomiso de residuo, incluyendo su modalidad «*si aliquid superit*», cuando el testador haya limitado la facultad de disposición a los actos onerosos. Así, la subrogación real permite la finalidad conservativa del fideicomiso. (STS de 30 de octubre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—N., hermana de la madre de los actores, fallece sin descendencia el 17 de septiembre de 2004. En la cláusula primera de su último testamento instituyó heredero universal a su esposo S., con libre disposición de sus bienes por actos entre vivos a título oneroso. En la cláusula segunda estableció que si al fallecimiento del heredero no se hubiese dispuesto de todo el caudal relicto, jugaría una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los sobrinos de la testadora, por partes iguales, y cada uno de ellos sustituidos, a su vez, vulgarmente por sus descendientes. S. se adjudicó la herencia de su esposa en su condición de heredero fiduciario, tras la realización de inventario y liquidación de la sociedad de gananciales, el 10 de marzo de 2005. El 28 de noviembre de 2005, S dispuso la venta de la finca heredada. El 28 de octubre de 2007 fallece S., dejando testamento en el que instituye como herederos a sus propios sobrinos. Se plantea, entonces, si el precio de la venta del inmueble realizada por el fiduciario debe integrarse en el fideicomiso, por el juego de la subrogación real, o si, por el contrario, dicho importe no debe formar parte del mismo al venir facultado el fiduciario para la celebración de dicha venta.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demandada, declarando que el precio de venta del bien inventariado formaba parte del contenido del fideicomiso de residuo establecido por la testadora. Por su parte, la Audiencia Provincial confirma dicha sentencia.

En casación, se alega, en primer lugar, la infracción del artículo 675 CC. Señala la parte recurrente que S. estaba facultado por disposición testamentaria para disponer del caudal relicto a título oneroso, lo que le permitía vender el inmueble litigioso, saliendo dicho bien de la esfera patrimonial del caudal relicto y su precio en dinero entre en el patrimonio de S., no afectándole la cláusula por la que se instituye el fideicomiso de residuo del tipo «*si aliquid superit*». En segundo lugar, se alega la infracción de los artículos 781 y 783. Indica la recurrente que no es posible aplicar al fideicomiso de residuo del tipo «*si aliquid superit*» la subrogación real para los casos de enajenaciones a título oneroso. El Tribunal Supremo llegó a las siguientes conclusiones: 1) la testadora instituyó heredero universal a S., autorizándole la libre disposición de sus bienes en el marco de una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de sus sobrinos, resultando clara su voluntad de que el posible

residuo quedase en su familia y no en la del esposo; 2) que la autorización del instituido para que dispongan de los bienes de la herencia resultó claramente limitada, facultándole solamente para la disposición por actos entre vivos a título oneroso, quedando excluida la concesión de la facultad de disponer *mortis causa*, que ha de ser expresa —la exigencia de contraprestación refuerza la imposición por la testadora del gravamen de conservar los bienes de la herencia que no hubiesen sido dispuestos para cubrir las necesidades del heredero—; 3) cuando el testador limita las facultades a los actos *inter vivos* y a título oneroso, el acto de disposición formará parte natural del residuo y será el fiduciario quien deba probar, en su caso, que su destino o consumición fue necesario y acorde con el objeto del fideicomiso; 4) el precio de la venta realizada formaba parte del patrimonio del heredero fiduciario al momento de su fallecimiento, resultando posible su identificación y pudiéndose aplicar, en consecuencia, el principio de subrogación real.

NOTA.—A través de la sustitución fideicomisaria de residuo, el testador otorga poderes dispositivos al fiduciario. Se pueden plantear dos tipos de sustitución fideicomisaria de residuo. En la modalidad «*si aliquid superit*» (si queda algo), el testador permite al fiduciario disponer de los bienes sin ningún límite. De esta manera, el fideicomisario recibirá, una vez que llegue el término o se cumpla la condición indicada por el testador, lo que quede, si es que queda algo. No existe la obligación de conservar señalada en el artículo 781 CC. El otro tipo es «*eo quod supererit*», donde el testador sí limita los poderes de disposición del fiduciario. El fiduciario podrá disponer de los bienes, pero siempre deberá dejar algo del caudal hereditario para el fideicomisario. Aquí sí se aplica el deber de conservar del artículo 781 CC, si quiera de manera parcial. Algunas notas comunes a ambas son las siguientes: 1) el testador tendrá que otorgar la facultad de disposición de manera expresa; 2) si el testador permite, de manera genérica, al fiduciario disponer de los bienes heredados por actos *inter vivos*, no se incluirán los actos de disposición a título gratuito, que requieren de declaración expresa; 3) la facultad de disposición *mortis causa* requiere declaración expresa en el testamento; 4) estamos ante sustituciones puras, es decir, el fideicomisario no está sometido a ninguna condición —distinto es que no se sepa qué bienes acabará recibiendo, pero eso no significa que esté sometido a condición—; 5) si el testador únicamente permite los actos de disposición en situaciones de necesidad, puede exigir al fiduciario que justifique la concurrencia de la necesidad o dispensar de ese deber, pero si no dice nada, se entiende que el testador deja a la conciencia del fiduciario la apreciación de la necesidad, sin que le pueda exigir su prueba; 6) si el testador permite los actos a título oneroso, deberá indicar si opera o no el principio de subrogación real —si no se previó nada expresamente en este sentido, habrá que averiguar cuál fue la verdadera voluntad del testador y, en caso de duda, deberá aplicarse una interpretación restrictiva, es decir, favorable a la aplicación del principio de subrogación real si el testador se limita a conceder la facultad de disposición, si bien únicamente cuando, tras aplicar los criterios del artículo 675 CC, se mantienen tales dudas—. (S.L.M.)

29. Pago en metálico de la legítima de los descendientes del causante. Facultad del heredero llamado a que se le adjudique todo o parte del caudal relicto. Cumplimiento de requisitos para que la conmutación operada en el pago no perjudique los intereses de los legitimarios.—La reforma operada por la ley 11/1981, de 13 de mayo, dio lugar al tenor actual de los artículos 841-848 CC, que favorecen la posibilidad del pago de las legítimas en metálico. Respecto de la legítima de los descendientes, la posibilidad del pago en metálico se somete al cumplimiento de una serie de requisitos cuya finalidad es velar por la neutralidad, seguridad y equilibrio para que la conmutación en el pago de la legítima no perjudique los intereses de los legitimarios. En este supuesto, los artículos 841 y 842 CC deben entenderse en el sentido de que el testador o, en su caso, el contador-partidor expresamente autorizado no ordenan imperativamente la comunicación del pago, sino que únicamente facultan a alguno o algunos de los descendientes para que, si estos últimos así lo quieren, se adjudiquen todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no herencial. Por tanto, el pago en metálico de la legítima constituye una facultad, y no una carga, del heredero llamado en principio a quedarse con los bienes del caudal relicto. El artículo 843 CC exige la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes respecto de la liquidación y adjudicación de la partida practicada, siendo necesaria la aprobación judicial en caso contrario. Además, conforme al artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario, esta confirmación o, en su caso, la aprobación judicial de la partición hereditaria son necesarias para la inscripción de los bienes hereditarios. La comunicación habrá de realizarse por los herederos facultados para ello, y no por el contador-partidor, debiendo ser una comunicación expresa e individual a cada preceptor de la legítima. Al no exigirse una determinada forma especial en el CC, será de interés del heredero la forma de notificación que elija en orden a la prueba del envío de esta comunicación y de la recepción de la misma. (**STS de 22 de octubre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Doña Virtudes fallece en febrero 2004, estando viuda y dejando como únicas herederas a sus tres hijas, doña Guadalupe, doña Bibiana y doña Sacramento. Doña Virtudes habría otorgado testamento en 1997, en el que declaraba a doña Guadalupe legataria, reconociéndole el derecho al pago de su legítima estricta, y a doña Bibiana y doña Sacramento herederas universales por partes iguales respecto del remanente que resultase de sus bienes, derechos y acciones. Se dispuso a favor de doña Guadalupe, como prelegados, el panteón familiar y una finca, a lo que debe añadirse dos bienes inmuebles que le habían donados intervivos por la causante. En dicho testamento se nombra albacea universal y contador-partidor a don Abel, al que se le autoriza expresamente para el pago en metálico de la legítima estricta que corresponde a doña Guadalupe o a su stirpe.

En el cuaderno particional protocolizado y elevado a escritura pública en diciembre de 2004 se adjudica a doña Guadalupe en pago de su legítima estricta los bienes predonados y su complemento en metálico, por importe de cerca de 223.000 euros, que debían pagar, respectivamente, sus hermanas. El notario autorizante de la protocolización expide tres copias auténticas de la escritura, que

son remitidas a las herederas y legatarias, constando la entrega en enero de 2005. En noviembre de 2005, doña Bibiana y doña Sacramento depositan dos cheques con los importes para el pago en metálico de la legítima de doña Guadalupe, deducidos gastos e impuestos, lo que se eleva a escritura pública, para su ofrecimiento para el pago en metálico de la legítima de doña Guadalupe. Doña Guadalupe contesta en diciembre de 2005 rechazando dicho pago y presenta demanda contra sus hermanas ejercitando una acción declarativa tendente a someter las operaciones particionales a la aprobación judicial y al reconocimiento de haber incumplido las demandadas su obligación de comunicar en plazo la disposición del pago en metálico.

En sentencia de 21 de abril de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gandía estima la demanda, declarando la obligación de someter las operaciones particionales a aprobación judicial y de haber comunicado la decisión de pago en metálico a la legataria de su legítima estricta dentro del plazo de un año desde el fallecimiento de la causante.

El recuso de apelación interpuesto por la parte demandada es desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 25 de noviembre de 2009. Contra dicha sentencia las demandadas interponen recurso de casación, que es asimismo desestimado por el Tribunal Supremo. Las demandadas y recurrentes entendían infringido el artículo 844 CC, en la aplicación dada por las sentencias de instancia. Consideraban que las facultades conferidas por la testadora a favor del contador-partidor exoneraban a las demás legitimarios del requisito de la comunicación previsto en este precepto. El Tribunal Supremo no acepta esta tesis, ya que sostiene que la autorización concedida al contador-partidor para nada suple el ejercicio de la facultad conferida a los herederos de poder optar a la adjudicación propuesta, con la correspondiente compensación en metálico respecto de los demás legitimarios. Este derecho de opción solamente puede ser ejercitado por los legitimarios, y solamente a éstos les compete la comunicación al resto de legitimarios afectados por su decisión. El mero envío del cuaderno particional no cumple con el requisito de la comunicación regulado en la norma citada. La comunicación propiamente dicha se produjo en noviembre de 2005, en el depósito de los cheques realizado por doña Bibiana y doña Sacramento, por escritura autorizada notarialmente, con el que ofrecían a la demandante el pago en metálico de su legítima. Por tanto, dicha comunicación se realizó fuera del plazo de un año desde el fallecimiento del causante, previsto en el artículo 844 CC.

NOTA.—La nueva disciplina del «pago de la porción hereditaria en casos especiales» que contemplan los artículos 841 y siguientes del CC, introducidos por la ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto que incide de forma determinante sobre el problema de la conmutación de la legítima de los descendientes en dinero extrahereditario, no es sino una excepción a la regla general que asegura la igualdad en tema de partición: a saber, la regla de la unanimidad y las porciones iguales *in natura*, las cuales, aunque no rigen en materia de legítima amplia, sí determinan las cuotas iguales de la legítima

estricta y las medidas protectoras de la intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la ésta. De ahí que las nuevas normas de los artículos 841 y ss. CC deban interpretarse restrictivamente en todo lo que exceda de la finalidad de asegurar la indivisión *post mortem* de los bienes hereditarios. En este sentido se ha pronunciado C. Vattier Fuenzalida, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Reus, Madrid, 2012, pp. 17 y siguientes, en cita, a su vez, de A. Fuenmayor Champín, «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948, pp. 57-58. Según Vattier Fuenzalida, desde una perspectiva funcional, el pago en metálico de la legítima introducido por la reforma de 1981 obedece a la finalidad específica de conservar indivisos los bienes del de *cuius*, sobre todo cuando constituyen una explotación de índole económica o mercantil (pp. 22-23). Acerca de la comunicación al resto de legitimarios como requisito para el ejercicio efectivo de alguno o algunos de los descendientes de la posibilidad de adjudicarse todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no herencial, resulta especialmente interesante la lectura de la obra de Vattier Fuenzalida citada, pp. 47-58. (G.M.A.)

