

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

Número 17 , Época II, Julio 2020 – Diciembre 2020

ISSN: 2340-4647



REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad
(REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de
Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista
en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

PRESIDENCIA

EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Doctor Internacional en Derecho Penal

Profesor contratado doctor ANECA

Abogado

**(Responsable del Departamento Compliance IURE LICET
ABOGADOS)**

COORDINACIÓN TÉCNICA EDITORIAL

SARA MUÑOZ GONZÁLEZ

Posgraduada en Derecho (LLM)

Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

**Profesora Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho
Constitucional**

Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER LARENA BELDARRAIN

**Profesor Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho
Penal Profesor de Derecho penal
de la Universidad San Pablo CEU
Madrid Abogado**

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador

INMACULADA VIVAS - TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

Universidad de Sevilla

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de Derecho
Internacional Privado**

Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Civil y Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de A Coruña

Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de La Coruña

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRAGA

Abogado y Expresidente de la Asociación de Abogados de Derecho de Familia

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

Magistrado Expresidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Jaén

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

Notario y Presidente de Euskaltzandia (Academia de la Lengua Vasca)

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor titular de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal y Ex rector de la Universidad de Granada

Universidad de Granada

Vocales:

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

Fiscal Antimafia de la República de Italia. (Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE

Director del Laboratorio de Sistemática humana

Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI

Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino, Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano.

Universidad de Camerino (Italia)

JEAN-BERNARD AUBY

ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique Pública Droit et du (cambios en el gobierno y Derecho Público, MADP) de Sciences Po Paris.

Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA

Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Catedrático Derecho Civil y coordinador de la actividades de investigación de derecho civil de la Universidad de Perugia.

Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

Cónsul General de España en Brasil

ARNEL MEDINA CUENCA

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

Universidad de La Habana

MAYDA GOITE PIERRE

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

Universidad de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

Profesor Titular de Derecho Civil y de Derecho Notarial. Notario.

Universidad de La Habana

CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO

Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Bogotá.

Universidad Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA

Abogada en el Despacho Suarez y Sanche. Notaria Pública. Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Costa Rica y Universidad Latina

GUILLERMO OLIVEIRA

Catedrático de Derecho Civil. Experto en Bioética, Derecho y Medicina

Universidad de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA

Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa . Doctor Honoris Causa por UNIPLAC (Catedrático de Derecho Constitucional *Universidad de Lisboa*

EDUARDO VERACRUZ PINTO

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa.

Presidente de la Junta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa. Miembro de la Cámara de Seguimiento y Enlace con los Tribunales Judiciales del Consejo Superior de la Judicatura.

Universidad de Lisboa

RAÚL CERVINI

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

AGUSTÍN LUNA SERRANO

Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.

Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR
RUIZ DE AGUIRRE

Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.

Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de Abogados de Familia y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Consejero del Poder Judicial

ALFONSO CANDAU PEREZ

Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA

Profesora de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Catedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Ex miembro de la Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada por la Secretaria General de Universidades del Ministerio de Educación.

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA

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

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Es delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral) y observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la nueva edición de los Principios de Unidroit.
Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Presidenta de la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Estado Carabobo.

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Católica del Uruguay

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas.

Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil

Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de Ginebra y de la Universidad de Harvard

Universidad Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

**Licenciada en Derecho Canónico
por la Facultad homónima de la
Pontificia Universidad Católica
Argentina. Abogada por la
Universidad de Mendoza y
Coordinadora Publicaciones de la
Facultad de Derecho.**

Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho

Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

**Profesor y Fiscal Sustituto del
Tribunal Superior de Justicia del
País Vasco**

Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

**Notario del Ilmo. Colegio
Notarial de Bilbao**

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho Civil

Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

**Abogado del Ilustre Colegio de
Abogados del Señorío de Bizkaia**

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

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

Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial
de Madrid**

ASTOLFO DI AMATO

Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Comisionado por el Ministerio de gracia y justicia para la reforma del Derecho Penal Tributario y Derecho Comercial.

LLORENÇ HUGUET ROTGER

Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.

Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea.

Universidad de Deusto

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad de Granada

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN

Doctor en Derecho

ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Derecho Civil

Universidad de Valencia

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA
PINTO

Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Es Consejero de la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (2001- 2014), con la regencia de las disciplinas de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Procesal Penal Ley Especial Económico (www.fd.unl.pt).

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

M^a ISABEL GONZÁLEZ TAPIA

Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y Abogada
Universidad de Córdoba

M^a JESÚS ARIZA COLMENAREJO

Profesora titular de Derecho Procesal

Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL A. GÓMEZ

Professor of Law and Associate Dean of International & Graduate Studies

Florida International University College of Law

I. PORTADA EDITORIAL

UNIVERSIDAD Y CORONAVIRUS: El humanismo ¿digital? que viene... “El adiós al mito de la caverna y del carro alado...” 16-19 págs.

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

OSCAR MONJE BALMASEDA

Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS

II. ARTÍCULOS DOCTRINALES

1. EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS PÚBLICOS Y POR ALIMENTOS EN LAS PRIMERAS RESOLUCIONES DICTADAS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRLC20-36 págs.

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Deusto

2. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL37-46 págs.

INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Deusto

3. LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO, EJE DEL SISTEMA REGISTRAL.....47-67 págs.

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Magistrada-encargada. Registro Civil-Bilbao

MARTÍN CORERA IZU

Letrado Admón. de Justicia. Profesor Master Abogacía UPNA. Especialista en Derecho Registral

**4. BLANQUEO DE DINERO, CORRUPCIÓN POLÍTICA Y RECUPERACIÓN DE
ACTIVOS.....68-83 págs.**

DANIEL GONZÁLEZ URIEL

Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 2 de La Seu d'Urgell. Profesor-tutor de los grados en Derecho y en Criminología en el centro UNED de La Seu d'Urgell

**5. EL INFORME DE CALIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL
REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA
EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.....84-94 págs.**

CÉSAR GILO GÓMEZ

Universidad de Salamanca (España)

**6. BREVES APUNTES A LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO
EUROPEO SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE INTELIGENCIA
ARTIFICIAL.....95-101 págs.**

ALEJANDRO ZORNOZA SOMOLINOS

7. LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL VASCO.....102-124 págs.

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático Emérito de Derecho civil

8. PATERNIDAD RESPONSABLE: MANDATO CONSTITUCIONAL.....125-143 págs.

ANÍBAL GUZMÁN-ÁVALOS

**9. DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS A FAVOR DO CÔNJUGE E POSTERIOR
DIVÓRCIO OU SEPARAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL ESPANHOL: UMA ANÁLISE CRÍTICA
E COMPARATIVA COM A LEI DE DIREITO CIVIL DA GALIZA E O DIREITO
PORTUGUÊS.....144-156 págs.**

DIANA LEIRAS

*Doutora em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela. Professora Adjunta
Convidada no Instituto Politécnico do Cávado e do Ave*

**10. UNA REVISIÓN NORMATIVA CRÍTICA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD
POR RAZÓN DE SEXO. LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA.....157-170 págs.**

ANA MARÍA LÓPEZ NARBONA, PH.D.

Profesora de Sociología Universidad de Málaga

11. PRINCIPALES CONTROVERSIAS EN TORNO A LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS A HIJOS MAYORES DE EDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO..... 171-190 págs.

MARTA MADRIÑÁN VÁZQUEZ

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Santiago de Compostela.

12. LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA Y SU FUTURA TRANSPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....191-203 págs.

RUBÉN DE LOS BUEIS CASTAÑARES

Abogado. Doctorando en Derecho Mercantil en la UD

13. LA AGRICULTURA ECOLÓGICA EN LA PROVINCIA HISPALENSE. Estudio de casos.....204-219 págs.

MARÍA ELENA NIETO-CABRERA

Grado en RRLL

AZAHARA CALDERÓN LAGUNA

Ingeniero técnico agrícola

CONCEPCIÓN NIETO-MORALES

Dra. Sociología

14. TESTAMENTIFICACION EN TIEMPOS REVUELTOS: ESPECIAL CONSIDERACION DEL TESTAMENTO EN CASO DE EPIDEMIA 220-235 págs.

MARÍA JESÚS LÓPEZ FRÍAS

Profesora titular de Derecho civil

Universidad de Granada

15. EDUCACIÓN FÍSICA E IGUALDAD DE GÉNERO EN LAS DISTINTAS ETAPAS EDUCATIVAS, DE LA ESCUELA A LA UNIVERSIDAD, DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....236-259 págs.

MARÍA PÉREZ-UGENA

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidad Rey Juan Carlos

III. RECENSIONES

DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Régimen jurídico de los funcionarios públicos.
Alberto Palomar Olmeda. 12.ª edición, 2020. Ed. Dykinson.....260-262 págs.

AMAIA TEIJIDO ALONSO

**PAISAJES AGRÍCOLAS EN LAS COMARCAS HISPALENSES: ÉCIJA Y LA VEGA DEL
GUADALQUIVIR. LA AGRICULTURA Y LOS AGRICULTORES. LA PASIÓN DEL
TRABAJO EN LOS ALBORES DE LA NATURALEZA.** A. Calderón Laguna, M.E. Nieto-
Cabrera, C. Nieto-Morales. 2020. Ed. Dykinson.....263-265 págs.

ANTONIO J. CARRILLO IZQUIERDO

Dr. en Criminología. Master Educación Ambiental y Desarrollo Sostenible

**DISCURSO Y EXPERIENCIAS DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD: AFECTOS Y
EMOCIONES EN RIESGO Desde la Perspectiva del tiempo: Hombres y mujeres I.** M.E.
Nieto-Cabrera, I. M. Martínez Cramer, C. Nieto-Morales. 2020 Ed. Dykinson

**DISCURSO Y EXPERIENCIAS DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD: AFECTOS Y
EMOCIONES EN RIESGO Aquí y ahora al límite: La mujer II.** M.E. Nieto-Cabrera, I. M.
Martínez Cramer, C. Nieto-Morales. 2020 Ed. Dykinson

.....266-267 págs.

JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ CONTRERAS

Grado en Ciencias de la actividad Física y del Deporte

EQUIDAD Y SENTIDO DE JUSTICIA. GRANDE YÁÑEZ, Miguel. (2021)..... 268 págs.

BORJA SIMÓN DE LAS HERAS

Abogado en IURE LICET

UNIVERSIDAD Y CORONAVIRUS:

El humanismo ¿digital? que viene.....”El adiós al mito de la caverna y del carro alado...”.

Francisco Lledo Yagüe y Oscar Monje Balmaseda
Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS

El impactante cambio que nos ha deparado esta pandemia de la Covid, ha supuesto trastocar frontalmente el ámbito de la realidad social en todas sus variantes individuales y colectivas. En consecuencia esta situación tan desconcertante nos obliga a replantear y reflexionar el modo de vivir en una sociedad en permanente cambio.

Asistimos perplejos y desmoralizados a un panorama cuyas consecuencias negativas en todos los órdenes son ya más que evidentes ciertamente catastróficas. No sólo en el ámbito de la salud de los ciudadanos, sino también de forma sobrevenida en otros sectores cuyo “contagio de perjuicios” es derivado de un grave efecto multiplicador que se traduce en millonarias pérdidas económicas. Acarrea un quebranto evidente en el modelo productivo que se ha visto “herido de raíz” en el modo de actuar y comportarse del individuo afectado cada vez en mayor medida de una neurosis de ansiedad y perplejidad que le conduce a un deterioro en la pérdida de calidad de vida y en una tambaleante estabilidad laboral, a pesar de subsidios o ayudas que sólo vienen a paliar de forma insuficiente la necesidad y seguridad los ciudadanos.

El problema o el “virus” no conoce fronteras, y sus efectos son ya devastadores. En un espacio corto de tiempo conllevará un replanteamiento de la economía y la producción de bienes y servicios, teniendo que acomodarnos a un “nuevo orden mundial” en donde está por ver el papel y la influencia de las principales potencias, y su fortaleza y presencia activa en la recomposición de un equilibrio y hegemonía que está por dilucidar en convivencia con decisivos agentes socioeconómicos y políticos que influyen en las estrategias gubernamentales.

A nadie se le escapa que lo “urgente” siempre es prioritario a lo importante. En esta escala de preferencias inmediatas, lo primero es vencer y erradicar al “enemigo silencioso” (virus) con la efectividad de las “vacunas” cuyo devenir y ejecución está poniendo de manifiesto la hipocresía y demagogia de quienes anteponen el beneficio particular económico al interés general que es la salud de los ciudadanos. Nos referimos al juego de intereses de algunas empresas farmacéuticas y sus contratos con la Unión Europea.

Así las cosas, en medio de este marasmo y carajal de gestión pandémica (y no lo focalizamos solo a España, sino allende las fronteras...), el papel de las instituciones europeas

–y en concreto de la Comisión que representa a los 27 países miembros- está resultando decisivo y comprometido con la propia esencia y fundamento del sentido de pertenencia a la Unión Europea, que no puede declinar en el ánimo del ciudadano, que como Diógenes con su candil encendido no encuentra una “solución buena...”.

En fin, no vamos a reflexionar en modo “generalista” de esta situación pandémica, recordando lo que para el ciudadano medio resulta a estas alturas evidente. Quizá al respecto, habría que recordar lo que nos decía el pensador André Gide “todo está dicho, pero como nadie escucha hay que repetirlo todos los días...”. Nos vamos a detener en este comentario en un impacto (el de la pandemia) del que somos concedores y sufridores en primera línea. Nos referimos al mundo académico y a la reflexión sobre el nuevo y obligado “orden universitario” que se nos presenta, en el que se intenta mantener la virtualidad generosa del concepto presencial unido a herramientas instrumentales que puedan planificar la actividad docente “en remoto”, nunca mejor dicho...Pero solo esto, y ese elemento no puede sustituir el contenido universitario, en todos sus ámbitos y actuaciones.

Así las cosas se pretende acercar con estos contenidos telemáticos instrumentales al alumno, como si la Universidad y el cuerpo de docentes, fuera una suerte de “oráculo de Delfos” donde el alumno puede “aprender” y “aprehender” los conocimientos suficientes para superar las disciplinas objeto de estudio. Como si el conocimiento real, pudiera suplirse así, en sucesivos monólogos orales y con enseñanzas virtuales...

Decía Ortega y Gasset, en uno de sus artículos en “El Sol (9 de septiembre de 1931 “No es esto, no es esto”) y efectivamente esta atinada reflexión podemos aplicarla al comentario que exponemos.

Las herramientas o habilidades (al gusto del lenguaje tópico y banal de nuestros días) como las clases en “remoto”, “on line” sólo pueden entenderse como una ayuda coyuntural, meramente instrumental. A nadie en su sano juicio (aunque sólo sea con una mermada capacidad natural) puede creerse que este cambio es efectivamente resolutorio y que se congratule de un cambio tecnológico tan taumatúrgico y prodigioso como las clases “on line” que insuflan un conocimiento real...

Si fuera así, ¿para qué la presencialidad?, ¿para qué el contacto con el medio ambiente universitario? Los seguidores de esta tesis (tecnócratas y no profesores) además de desconocer el sentido real de por qué y para qué está la Universidad (sería demasiado pedirles que atesoren un conocimiento basado en la experiencia del estudio), compaginan su ignorancia genética y perlesía mental con su atrevimiento a disertar sobre lo que no se sabe, o se conoce de modo superficial, imbuidos de este pensamiento débil que nos domina en los momentos que vivimos y que superficializa todo lo que requiere esfuerzo, tesón y trabajo.

A nuestro juicio no puede prescindirse del elemento presencial, pues el vínculo docente/disciente se compadece y se nutre energicamente de este binomio insustituible. En donde el profesor (no es un simple programador de enseñanzas o diseñador de contenidos. No solo debe atesorar el conocimiento teórico y magistral que se le presupone (aunque esta presunción admita valientemente prueba en contrario), sino otros saberes, otros conocimientos, otras curiosidades intelectuales, que emergen y fluyen de modo natural en el contexto habitual del aula o de la clase o de la propia “atmósfera” universitaria.

Es cierto que esta pandemia nos abre un horizonte de nuevos retos. Todo cambia, y todo “no debe ser cambiado” para que quede igual (emulando parcialmente a Lampedusa). Nos tendremos que adaptar a una realidad en donde el aspecto presencial deberá seguir siendo preponderante, aunque se comparta con otros espacios virtuales pero éstos siempre tendrán que depender esencialmente del factor presencial.

En consecuencia con lo dicho, tanto el alumno como el docente deberán saber adaptarse a un medio en donde habrá cambios sustanciales pero no serán negacionistas de los valores y la “impronta que supone ser universitario”. Por ejemplo el efecto de la digitalización de la enseñanza, la facilidad del acceso on line a libros, capítulos, monografías, revistas. Supondrán un revulsivo al conocimiento más inmediato, pero nunca podrán sustituir al valor “peripatético” del viaje individual de cada uno al estimulante mundo del conocimiento, visitando las bibliotecas reales, examinando textos o libros en donde la búsqueda del conocimiento se torna en un hallazgo estimulante para su destinatario (profesor, alumno, investigador, etc.).

Es cierto que estos nuevos paradigmas nos obligan a comprender el contenido real de los cambios, pero debemos saber compenetrarnos en un trabajo como el universitario en donde la ilustración y el bagaje formativo, no solo depende de herramientas informáticas...estas sólo son un medio, pero no un fin en sí mismo.

En fin, este proceso de transformación en la enseñanza ha llevado como hemos comentado más arriba a una combi nación entre lo presencial y lo virtual. Algunos (como la profesora de IE Law Scholl, Atienza Becerril, Soledad, lo llaman “aprendizaje líquido” (véase un interesante trabajo sobre estas cuestiones en El Notario del Siglo XXI, noviembre/diciembre 2020), dice la autora que “este modelo de enseñanza líquida ofrece la mayor flexibilidad, junto con la mayor profundidad académica y la mayor interacción. La flexibilidad se alcanza a través de la opción de seguir las clases on line desde cualquier destino del mundo, o de manera presencial y pudiendo acceder a ambas modalidades en cualquier momento. La solidez académica se alcanza con altos estándares de rigor académicos en cada programa, incluidos la evaluación continua o la participación en clase con exigentes criterios de control de calidad en cada asignatura y por cada profesor.

Nos parece interesante esta reflexión, aunque los criterios sostenidos, siendo muy coherentes en su exposición, nos ofrecen algunas dudas en concreto las siguientes.

La citada flexibilidad y la opción que plantea, entre el alumno presencial y el “virtual” (perdónesenos la comparativa) en la realidad no es un seguimiento de la explicación idéntica. Los modos, formas de la docencia “on line” suplen de manera socorrida una manera de transmitir, en la que la “interacción” pocas veces perturba el mutismo general en la alocución del profesor en su clase on line. Es, la mayoría de las veces se traduce en un “soliloquio” en el que la agilidad, en la exposición y explicación más bien, se traduce en comodidad para referir unos contenidos; pero insistimos se hurta el factor connivente de la interacción personal, de la reflexión espontanea del fase to face. Está muy bien, como elemento de complicidad colaborativa en la enseñanza, pero no fomenta la “solidez académica”.

Entendemos (con la profesora ATIENZA BECERRIL) que el rigor académico, conlleva un cambio en la “metodología” de la enseñanza, en los materiales y el diseño del programa...

Si estos criterios, tan laudables los trasladamos a la Universidad actual, donde emerge con toda sus turbulencia formativa el autosuficiente “Plan Bolonia”, que en su esencia y ejecución real, a nuestro juicio ha resultado un absoluto fiasco nos llevaría a otro artículo monográfico que lo merece, y lo agradecemos todos aquellos que lo padecemos, pero que dejaremos para otra entusiasta ocasión si el ánimo no decae.

Solo en este punto recordar un brillante trabajo sobre la “enseñanza del Derecho: “Lo de antes, lo de ahora, lo de siempre de YZQUIERDO TOLSADÁ (El Notario del Siglo XXI, Nov/Dic 2020)” en el que señala como “Bolonia trata de unificar la jerga pedagógica y lo accesorio: lo que importa no es el conocimiento serio y ordenado de las instituciones jurídicas, sino que el estudiante tenga “habilidades y aptitudes”.

En fin, enclavados en un Plan Bolonia, imposible de satisfacer, como se ha demostrado por la falta de financiación y dotación económica en la sufrida y fatigosa Universidad pública y/o privada, es poco menos que ilusorio pensar en la reelaboración de una exigente “carta de navegación” universitaria que lleve a ese “aggiornamento” en la actualización docente, y medios materiales y personales “exigentes” que el alumno debe aspirar.

Ese esfuerzo en el cambio o transformación de la enseñanza, no solo requiere el imprescindible elemento de la dotación económica, que si ya era endeble en el modelo actual, mucho más tenemos que la “reactualización” de la formación específica al docente (preocupado en sus acreditaciones, en la exigencia didáctica –clases, tutorías, trabajos y un desconsolador etc...), lo perjudica y también, en la necesaria adaptación del alumno, que no solo debe saberse manejar con soltura en el universo “on line”....sino que debe saber y comprender, y no de forma autodidacta (como requiere el fallido Plan Bolonia) sino tener una formación, que solo el disciplinado estudio, el esfuerzo en asimilar, razonar y ¡leer, sobre todo leer...! Tan poco familiarizado (hablamos en general –siempre existen honrosas excepciones), el alumno en esta “habilidad”, conducen a un pensamiento académico, y a un errático aprendizaje.

Los nuevos formatos, las ingentes posibilidades telemáticas, solo suponen un refuerzo valiosísimo para acrecer con inmediatez al conocimiento, y en esto el lector (alumno/investigador) optimizará su tiempo y esfuerzo. Pero no hay que olvidarse de “algo obvio” el alumno tiene que estar familiarizado, con la lectura, el razonamiento, la lógica, la comprensión, y esto no es algo que aparece “mágicamente” en el universo “on line” (como hemos definido) sino que depende de su estudio individual y de un docente competente que sepa adiestrarle en estas “habilidades”, que depende de su compromiso con el estudio y con su capacidad de superación.

Todo lo demás, programas, metodología, sistemática, didáctica, interacción activa, y en suma el aprendizaje con las herramientas “on line” resultarán efectivas, solo si el alumno es perseverante en su disciplina de estudio y trabajo y en complicidad con buenos docentes.

Y como decía Saramago, todo lo que he dicho, les puede parecer poco, pero para (nosotros) es suficiente.

EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS PÚBLICOS Y POR ALIMENTOS EN LAS PRIMERAS RESOLUCIONES DICTADAS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRLC

Dr. Enrique Gadea Soler
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 24 de noviembre de 2020
Fecha de aceptación: 30 de diciembre de 2020

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un estudio comparativo de la regulación sobre la exoneración del pasivo insatisfecho introducida en la Ley Concursal por el RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero, y la posterior Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, y de la contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR). Seguidamente, se exponen los criterios mantenidos por las primeras resoluciones judiciales sobre la exoneración de los créditos de derecho público y por alimentos dictadas después de la entrada en vigor del TRLR y se analiza la polémica surgida en torno al ultra vires por exceso de delegación, finalizando con una valoración crítica y con una propuesta de solución al problema de inaplicación por los tribunales de preceptos en vigor.

ABSTRACT: This paper makes a comparative study of the regulation on the exoneration of unsatisfied liabilities introduced in the Insolvency Act by RD-Law 1/2015, of 27 February and the subsequent Law 25/2015, of 28 July, on the second chance mechanism, and that contained in Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 May, approving the revised text of the Insolvency Act (TRLR). It then sets out the criteria maintained by the first judicial decisions on the exoneration of public law and maintenance claims issued after the entry into force of the TRLR and analyses the controversy that has arisen around ultra vires due to excess of delegation, ending with a critical assessment and a proposed solution to the problem of non-application by the courts of the precepts in force.

PALABRAS CLAVE: persona física, concurso de acreedores, segunda oportunidad y exoneración del pasivo insatisfecho.

KEYWORDS: natural person, insolvency proceedings, second chance and discharge of unsatisfied liabilities.

SUMARIO: 1. La regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en España. 2. El régimen jurídico relativo a la exoneración del pasivo insatisfecho contenido en la LC. 3. El beneficio de la exoneración pasivo insatisfecho en el en el TRLR. 4. Los criterios mantenidos por las primeras resoluciones de nuestros tribunales sobre la exoneración de los créditos de derecho público y por alimentos después de la entrada en vigor del TRLR. Valoración crítica y propuesta de solución. 5. Bibliografía.

1. LA REGULACIÓN DEL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO EN ESPAÑA

Desde la entrada en vigor de la Ley concursal (en adelante, LC), la doctrina ha venido solicitando que se introdujese en España, como ya se había hecho en otros países, un mecanismo de liberación de deudas para las personas físicas que se encontrasen en situación concursal.

La primera norma que regula en nuestro ordenamiento un sistema de exoneración del pasivo insatisfecho es la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que modificó el apartado 2 del art. 178 LC, aunque su ámbito de aplicación se limitaba a las personas físicas empresarias.

Para encontrar un mecanismo de segunda oportunidad general, aplicable a cualquier tipo de deudor persona natural, empresario y no empresario¹, es necesario esperar hasta la aprobación del RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero, y a la posterior Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas del orden social, que introduce en la Ley Concursal un nuevo artículo, el artículo 178 bis, que regula la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (o, indistintamente, BEPI).

En la actualidad, la regulación prevista en el artículo 178 bis de la LC ha sido derogada por la contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en lo sucesivo, TRLC), artículos 486 a 592, que fue concebido para la regularización, la aclaración y la armonización normativa, pero que, al menos en este punto, ha añadido más controversia a la ya existente con la regulación anterior.

A continuación, vamos a tratar de explicar las nuevas cuestiones controvertidas, si bien, con carácter previo, realizaremos un estudio comparativo del régimen legal contenido en la LC y en el TRLC.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO RELATIVO A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO CONTENIDO EN LA LC

El presupuesto para obtener el BEPI se contiene en el apartado 1 del artículo 178 bis de la LC, que lo supedita a que el concursado sea persona natural y a que se haya concluido el concurso por liquidación o por insuficiencias de la masa activa. Ello supone que todos los bienes y derechos que, conforme al artículo 76 LC, forman parte de la masa activa han sido realizados y aplicados al pago de los créditos.

Como se señala en el SAP Pontevedra 71/2020, 12 de Febrero de 2020: “...pese a la solicitud del mediador de declaración y conclusión del concurso consecutivo por inexistencia de masa, cuando el concursado es una persona física, la insuficiencia de masa activa no permite declarar el concurso y concluirlo de forma simultánea, debiéndose abrir la fase de liquidación, con designación de AC, que deberá liquidar los bienes existentes y, en su caso, pagar los créditos contra la masa, y concluida esta liquidación, con el correspondiente informe final, el deudor podrá solicitar el BEPI”².

¹ La extensión del ámbito subjetivo de la norma ha sido valorado positivamente por la doctrina. Sobre el particular, puede verse CUENA CASAS, M. “La insolvencia de la persona física: prevención y solución”, en El Notario del Siglo XXI, mayo-junio 2015, nº 61. Madrid 2015, p. 478.

² Así también PUIGCERVER ASOR, C. “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, en la obra colectiva La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas. PUIGCERVER ASOR, C/ADAN DOMÉNECH, F. Ed. Librería Bosch, Barcelona 2019, p. 124, que hace hincapié en que en caso contrario el juez no podrá valorar la culpabilidad o no del concurso.

Sobre la base de este presupuesto, la LC, en el apartado 3 del artículo 178 bis, exige el cumplimiento de una serie de requisitos. Como se destaca en la STS nº 381/2019, de 2 de julio, el precepto señala que: *"Sólo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe"*. Y a continuación explica qué se entiende por buena fe, al ligar esta condición al cumplimiento de unos requisitos que enumera a continuación³. Por lo tanto, la referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del artículo 7.1 del CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del art. 178 LC .

La naturaleza de estos requisitos es heterogénea: en efecto, los dos primeros guardan una relación más directa con las exigencias de la buena fe: es preciso que el concurso no haya sido declarado culpable (con la salvedad legal prevista para el caso de que lo hubiera sido por retraso en la solicitud de concurso, siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor) y también que en los diez años anteriores el deudor no hubiera sido condenado por sentencia firme por una serie de delitos (contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores).

Por su parte, el tercero exige que, reuniendo los requisitos legales para ello, se hubiera optado por el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos (o, indistintamente, AEP) y que, frustrada su consecución o cumplimiento, se hubiera acabado en el concurso consecutivo. Bajo una perspectiva de interpretación literal de la norma, el AAP de Pontevedra, Sección 1ª, nº 15/2016, de 25 de enero de 2016, se decantó por el carácter necesario del AEP para que el deudor pueda ser considerado de buena fe:

"El reconocimiento de este beneficio (la exoneración), en opción legislativa, se somete en la legislación actualmente vigente a diversos requisitos, diferentes del carácter automático que presentaba el texto anterior, entre ellos que el deudor pueda ser considerado de buena fe. Es la propia norma, el art. 178 bis, la que ofrece el concepto auténtico de buena fe, estado jurídico que se somete a tres requisitos necesarios y uno dispensable por el juez. Los requisitos de derecho imperativo son que el concurso no haya sido declarado culpable, la ausencia de condena del deudor por ciertos delitos, y que "reuniendo los requisitos establecidos en el art. 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos"; el requisito dispensable se refiere a la obligación de "satisfacer todos los créditos contra la masa y los privilegiados y, en el caso de que no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios". La dispensa de esta exigencia se condiciona a cinco requisitos que prevé el apartado 5º del precepto.

Por tanto, en interpretación literal de la norma, el intento de AEP es condición ineludible para que el deudor pueda ser considerado de buena fe a efectos de la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo. La redacción dada al 178.2 por la Ley 14/2013 no lo exigía. La nueva norma precisa un intento previo de AEP que en la lógica de las cosas habrá resultado frustrado, pues en otro caso el AEP, perfeccionado y cumplido, habrá logrado su finalidad de liberar al deudor de las deudas o de la parte insatisfecha de las deudas que no gocen de garantía real o por la parte que exceda del valor de la garantía. El intento de obtención del acuerdo se concibe como una manifestación de que el beneficio lo solicita un deudor responsable y colaborador, predispuesto a pagar sus deudas. Se impone así al deudor la carga de solicitar previamente el AEP para solicitar la remisión del pasivo.

La pertinencia de tener que acudir al procedimiento extrajudicial para superar la insolvencia, cuando no existan posibilidades efectivas de lograr acuerdo alguno con los acreedores, o aún antes, cuando no existan bienes suficientes para acometer los propios

³ Sobre el concepto de buena fe, SANJUÁN Y MUÑOZ, E. "El concepto de buena fe en supuestos de segunda oportunidad", en la obra colectiva dirigida por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I/OLMEDO CARDENETE, M, Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 798 y ss.

gastos del expediente notarial, puede resultar cuestionable, pero constituye el ejercicio de una opción legislativa, que el intérprete no puede soslayar. Tampoco apreciamos contradicción en la norma, pues en la introducción de la alternativa al último requisito de pago de los créditos contra la masa y privilegiados (ap. 4º, art. 178 bis.3), cuando se añade la posibilidad de que el deudor no haya intentado el AEP, -en cuyo caso deberá también haber satisfecho el 25% del pasivo ordinario- puede interpretarse en el sentido de que la norma se está refiriendo a los deudores que no cumplan los requisitos del art. 231⁴.

Sin embargo, posteriormente, la STS 150/2019, 13 de marzo de 2019 (en el mismo sentido, la STS 383/2020, de 1 de julio de 2020), prescindiendo de la literalidad de la norma, matiza el criterio anterior y ofrece una explicación al aparente contrasentido entre lo previsto en el ordinal 3º (*haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos*) y el 4º (*no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo*) del artículo 178 bis 3 de la LC. Considera que el requisito del ordinal 3º se refiere a que se hubiera *instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos*, mientras que la referencia contenida en el ordinal 4º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, se refiere a que *hubiera habido un intento efectivo de acuerdo*; es decir, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada por ellos. Concretamente, en el fundamento jurídico 2º la STS señala:

“La cuestión suscitada en el motivo se centra en cómo debe interpretarse la referencia contenida en el ordinal 4.º del art. 178 bis.3 LC, a que se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, para que no resulte exigible el pago del 25% de los créditos concursales ordinarios como requisito previo para obtener el beneficio de la remisión de deudas.

La posibilidad de obtener "el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho" prevista en la actualidad en el art. 178 bis LC, proviene de la reforma introducida por el RDL 1/2015, de 27 de febrero, con las modificaciones de la Ley 25/2015, de 28 de julio.

Este precepto permite, en supuestos como el presente, en que "ha concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa", recabar del juzgado la condonación de deudas.

El apartado 3 del art. 178 bis LC regula los requisitos para que se pueda obtener este beneficio. Los tres primeros son comunes, y el cuarto y quinto son alternativos.

En nuestro caso, no se discute el cumplimiento de los requisitos comunes: el concurso no ha sido declarado culpable; el deudor no ha sido condenado por sentencia penal firme por delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico, la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores, ni de falsedad documental, y tampoco constan diligencias penales pendientes relativas a estos delitos; y el concurso consecutivo ha venido precedido de un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

El deudor instante del beneficio ha optado por la alternativa del ordinal 4º. Conforme a esta alternativa, es preciso "que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y

⁴ En esa línea también, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª M. La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia. Ed. Lefevre/El Derecho, 2ª ed., Madrid 2015, pp. 95-96. Por su parte, entienden que la exigencia necesaria del intento de AEP es excesiva: SENENT MARTÍNEZ, S.; GALLEGOS SÁNCHEZ, A.M; NIETO DELGADO, C.; VILLENAS CORTÉS, F.B.; “Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social”. Fascículo de actualización de la Ley Concursal Comentada, Ed. Francis Lefevre/El Derecho, Madrid 2015, p. 4 y JIMÉNEZ PARÍS, T. A. “El régimen de segunda oportunidad introducido por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 750/2015. Madrid 2015, pp. 2371 a 2373.

los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios".

Esto es, para obtener la inmediata remisión de deudas es preciso que antes se hayan pagado todos los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, así como el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios. Pero se elude esta exigencia del previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, si previamente se "hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos".

Esta referencia genera lógicas dudas de interpretación, pues conforme al ordinal 3º, ya se prevé que en todo caso el deudor haya instado el acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo al concurso consecutivo. El que en el ordinal 4º el alcance de los pagos que en todo caso deben haber sido satisfechos dependa de si se había intentado o no el acuerdo extrajudicial de pagos parece un contrasentido, pues se supone que si no hubiera sido así no se cumpliría el requisito anterior del ordinal 3º.

Ante estas dudas, la interpretación que sostiene la Audiencia resulta muy razonable.

El requisito del ordinal 3º se refiere a que se hubiera instado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, que al verse frustrado, dio paso al concurso consecutivo, a cuya conclusión por insuficiencia de activo el deudor interesa el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. De modo que, a los efectos del ordinal 3º, basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

Mientras que la referencia contenida en el ordinal 4º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, se refiere a que hubiera habido un intento efectivo de acuerdo. Esto es, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada por ellos. Esta referencia pretende incentivar la aceptación por los acreedores de acuerdos extrajudiciales de pagos, a la vista de que en caso contrario el deudor podría obtener la remisión total de sus deudas con el pago de los créditos contra la masa y privilegiados. Pero para esto es necesario que, en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, a los acreedores ordinarios se les hubiera ofrecido algo más que la condonación total de sus créditos. En la ratio del ordinal 4.º subyace esta idea del incentivo negativo a los acreedores ordinarios para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos propuesto por el deudor, pues si no lo aceptan, en el concurso consecutivo pueden ver extinguidos totalmente sus créditos.

Si, como ocurre en el presente caso, en la práctica no se ofrece nada, pues la propuesta era la extinción o quita del 100% de los créditos, hemos de concluir, como hizo la Audiencia, que no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. Por esta razón, el Sr. Hipólito no podía obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por la alternativa del ordinal 4.º del art. 178 bis 3 LC, sin que previamente hubiera acreditado haber pagado el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios".

En el cuarto y el quinto se regulan dos vías o formas alternativas de exoneración del pasivo insatisfecho, conteniendo cada una de ellas unos requisitos propios. El ordinal 4º prevé una exoneración inmediata, y para ello exige el cumplimiento de unos requisitos: que el deudor haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios; y, alternativamente, el ordinal 5º, para los deudores que no hayan podido atender antes de finalizar el procedimiento concursal los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, prevé una exoneración diferida en el tiempo, transcurridos cinco años, y exige otros requisitos propios: que el deudor acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6 del artículo, a través del cual también deberá abonar, cualquiera que sea su clasificación, los créditos públicos y por alimentos; que no haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42; que no haya obtenido el beneficio dentro de los diez últimos años; que no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la

declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad; y que acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años.

De este modo, como concluye la STS nº 381/2019, de 2 de julio anteriormente referida, para que se pueda reconocer la exoneración del pasivo es necesario en primer lugar que, con carácter general y al margen de la alternativa que se tome, el deudor cumpla con las exigencias contenidas en los ordinales 1º, 2º y 3º del apartado 3 del artículo 178 bis LC; es decir, que el concurso no haya sido calificado culpable; que el deudor concursado no haya sido condenado por sentencia firme por determinados delitos patrimoniales; y se haya acudido al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la apertura del concurso. Además, en función de la alternativa que se tome, la exoneración inmediata del ordinal 4º o la exoneración en cinco años del ordinal 5º, se han de cumplir las otras exigencias anteriormente mencionadas, propias de cada alternativa⁵.

3. EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN PASIVO INSATISFECHO EN EL EN EL TRLC

Como es lógico, dada la naturaleza de la norma, el TRLC, en su artículo 486, también supedita la solicitud del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho al caso del concurso de persona natural, si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación de la masa activa o la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa.

Sin embargo, la regulación del BEPI, que se contiene en el Capítulo II del Título XI del Libro I del TRLC, es más amplia: comprende los artículos 486 a 592 del TRLC. En ella se distingue entre el régimen general de la exoneración (artículos 487 a 492) y el régimen especial por aprobación de un plan de pagos (artículos 493 a 499).

En la regulación del régimen general (llamado de exoneración inmediata en la LC), el TRLC diferencia entre presupuesto subjetivo (artículo 487) y presupuesto objetivo (artículo 488) de exoneración:

El presupuesto subjetivo de exoneración se identifica con el deudor persona natural que sea de buena fe, considerándose deudor de buena fe cuando reúna los dos requisitos siguientes, prácticamente coincidentes con los contenidos en la normativa derogada, si bien en el TRLC no se incluye como presupuesto de la buena fe el requisito relativo a haber celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos:

1. Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso. En el artículo 178 bis, apartado 3, nº 1, LC se aludía a la apreciación por parte del juez del concurso de la inexistencia de dolo o culpa grave en la solicitud de concurso tardío; ahora se exige que el juez valore las circunstancias en que se produjo el retraso, si bien entendemos que para evitar una alegación de exceso ultra vires en la delegación otorgada para proceder a la refundición, el juez del concurso deberá tomar esos parámetros de evaluación en su juicio de ponderación.
2. Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años

⁵ La calificación de concepto normativo y no valorativo es sustentada por PULGAR EZQUERRA, J., en Preconcurabilidad y reestructuración empresarial. Ed. La Ley-Wolters Kluwer, 2ª Edición, Madrid, 2016, p. 920.

anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme.

En el TRLC, el presupuesto objetivo se identifica únicamente con la satisfacción de un determinado umbral de pasivo, pero no necesariamente con haber intentado la celebración de un acuerdo extrajudicial de pagos previo. Respecto al requisito de la celebración o, al menos, intento de celebración de un acuerdo extrajudicial de pagos, que se recogía en el artículo 178 bis, apartado 3, nº 3, LC, consideramos que en la regulación prevista en el Texto Refundido la inexistencia de un intento de acuerdo extrajudicial de pagos no impedirá la obtención del beneficio de exoneración de pasivo, ni en el régimen general de la exoneración, ni en el régimen especial por aprobación de un plan de pagos. En efecto, el artículo 488.2 del TRLC, al regular el presupuesto objetivo para la obtención del beneficio prevé que también podrá obtenerlo el deudor que, reuniendo los requisitos para poder hacerlo, no hubiera intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, sin perjuicio de que al deudor que, reuniendo los requisitos para poder hacerlo, lo haya hecho, le conceda un trato más favorable. En este caso, para la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho será preciso que en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados; mientras que si el deudor, que reuniera los requisitos para poder hacerlo, no hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, podrá obtener el BEPI si en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho, además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios (en ese sentido, el AJM nº 1 de A Coruña nº 143/2020, 6 de Octubre de 2020).

No obstante, y sin perjuicio de las dudas de extralimitación que pueda generar la no exigencia de haber instado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos para obtener la exoneración (el TRLC ha decidido que si, reuniendo los requisitos para ello, no se hubiese intentado un AEP se podrá obtener el beneficio de la exoneración abonando, además, el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios), el tema más polémico, y donde se ha apreciado un exceso ultra vires en la delegación otorgada para proceder a la refundición, es en la regulación de la extensión de la exoneración (artículo 491 TRLC).

A pesar de los problemas interpretativos planteados por el artículo 178 bis LC, la doctrina y la jurisprudencia, de forma prácticamente unánime, entendían que el apartado 4 del artículo 178 bis de la LC establecía que el deudor que fuera de buena fe podía ser exonerado de todo el pasivo insatisfecho si, habiendo intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, estaba al corriente de pago de los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados. De darse tales circunstancias, el deudor quedaba exonerado de todo el crédito concursal ordinario y subordinado, incluido el crédito público y por alimentos. En ese sentido, la crítica recaía sobre el apartado 5 del art. 178 bis LC, que establecía el ámbito de la exoneración de pasivo insatisfecho cuando el deudor se hubiese acogido a la modalidad de concesión diferida por aprobación de un plan de pagos. La norma, respecto a este segundo régimen de exoneración, se refería a la exoneración de los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, pero exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

La polémica ha llegado porque el artículo 491 del TRLC prevé una regulación más restrictiva para el deudor que accede al BEPI mediante el régimen general de exoneración, al que ahora también se exige, como presupuesto para su obtención, el pago de los créditos de derecho público y por alimentos, aunque se clasifiquen como ordinarios y subordinados.

En lo que respecta a la revocación de la exoneración, el artículo 492 del TRLC, al igual que artículo 178 bis 7 de la LC, prevé que únicamente podrá fundarse en que, durante los cinco años siguientes a su concesión, se constatare que el deudor ha ocultado la existencia de

bienes o derechos o de ingresos, salvo que fueran inembargables según la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Por su parte, en cuanto a la regulación de la exoneración por el cauce del régimen especial por aprobación de un plan de pagos, de forma análoga a la LC, el TRLC, en los artículos 493 y 494, prevé que aunque el deudor de buena fe no reuniera el presupuesto objetivo establecido para el régimen general (pago del umbral mínimo de pasivo allí previsto) podrá solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho con sujeción a un plan de pagos de la deuda que no quedara exonerada (créditos contra la masa, créditos concursales privilegiados, créditos públicos y por alimentos), si cumpliera los siguientes requisitos:

1º. No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.

2º. No haber incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal.

3º. No haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años.

4º. Aceptar de forma expresa someterse al plan de pagos que resulte aprobado por el juez y que la concesión de este beneficio se haga constar en el Registro público concursal durante un plazo de cinco años.

También en este caso, en lo relativo a las causas de revocación de la exoneración, el TRLC - en su artículo 498- recoge las previstas en la LC, con lo que, además de la solicitud de revocación en caso de ocultación por el deudor de la existencia de bienes o derechos o de ingresos, cualquier acreedor concursal, durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos, estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación de la concesión provisional del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho si el deudor incumpliere el plan de pagos, si mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, envite o azar, de manera que, sin detrimento de la obligación de satisfacer alimentos, pudiera pagar todos los créditos exonerados o si el deudor incurriese en causa que hubiera impedido la concesión del beneficio por falta de los requisitos establecidos para poder ser considerado deudor de buena fe⁶.

Con el objeto de mitigar la rigidez y el rigor del plan de pagos y de facilitar la exoneración, el artículo 499.2 del TRLC (al igual que el 176 bis 8 de la LC) prevé que el pasivo del deudor que no haya sido exonerado, podrá serlo si éste no cumple el plan de pagos, pero atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables (conforme al criterio previsto en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios) o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriese en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad⁷.

Asimismo, la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho produce los siguientes efectos, que se ahora se regulan en los artículos 500 a 502:

⁶ Distinguen entre revocación propia e impropia, CAMPUZANO LAGUILLO, A. B/SANJUÁN Y MUÑOZ, E. GPS Concursal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 755.

⁷ Sobre esta cuestión, SENDRA ALBIÑANA, A. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 254.

- Efectos de la exoneración sobre los acreedores: los acreedores cuyos créditos se extingan por razón de la exoneración no podrán iniciar ningún tipo de acción frente al deudor para el cobro de los mismos.
- Efectos de la exoneración respecto de los bienes conyugales comunes: la exoneración beneficia a los bienes comunes respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso frente a los que debieran responder estos bienes, aunque el otro cónyuge no hubiera sido declarado en concurso. Si se tratase de deudas propias del otro cónyuge, subsiste la facultad de los acreedores de dirigirse contra su patrimonio privativo, mientras no obtuviese el beneficio de exoneración de pasivo.
- Efectos de la exoneración sobre los obligados solidarios y sobre fiadores: la exoneración concedida al deudor no afecta a los derechos de los acreedores frente a todos ellos. En caso de pago posterior a la liquidación, ninguno de ellos quedará subrogado en los derechos que el acreedor tuviese frente al deudor, salvo revocación de la exoneración concedida.

4. LOS CRITERIOS MANTENIDOS POR LAS PRIMERAS RESOLUCIONES DE NUESTROS TRIBUNALES SOBRE LA EXONERACIÓN DE LOS CRÉDITOS DE DERECHO PÚBLICO Y POR ALIMENTOS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRLC. VALORACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

A pesar de que los artículos 491, relativo a la extensión de la exoneración bajo un supuesto de aplicación del régimen general, y 497, que se refiere al régimen especial de exoneración por aprobación del plan de pagos, exceptúan de la exoneración los créditos de derecho público y por alimentos, venimos observando, con cierta perplejidad, que la mayoría de las primeras resoluciones se decantan por inaplicar ambas normas, por entender que existe un exceso ultra vires en la delegación otorgada para proceder a la refundición.

En el caso del artículo 491 se señala que el Texto Refundido introduce una regulación manifiestamente contraria a la norma que es objeto de refundición. Sin embargo, en el supuesto del artículo 497 el argumento invocado para justificar la extralimitación no es un precepto legal, sino el criterio jurisprudencial interpretativo de la norma refundida contenido, a día de hoy, en la STS nº 381/2019, de 2 de julio. Y ello, sin perjuicio de reconocer, por ser así, que el artículo 497 del TRLC incorpora fielmente lo previsto en el artículo 178 bis, apartado 5, de la LC.

En esa línea, cabe citar el AJM nº 7 de Barcelona nº 507/2020, de 8 de septiembre de 2020, que prevé lo siguiente:

“Crédito público. En materia de extensión de la exoneración del crédito público se ha de estar al criterio mantenido por el TS en la sentencia de 2 de julio de 2019 en la que, básicamente, se debe incluir el crédito público en el sistema de exoneración, tanto general como especial (en la terminología del vigente TR). Ello supone en este caso la inclusión del crédito público privilegiado y contra la masa en el plan de pagos y la restante exoneración provisional del crédito público.

La entrada en vigor del Texto Refundido de la LC, con la modificación del régimen de extensión de los efectos de la exoneración en el art. 491 de la LC, no debe suponer una modificación de la anterior doctrina jurisprudencial, al apreciarse que el citado art. 491 debe ser inaplicado por vulnerar el art. 82.5 de la Constitución Española.

Esta vulneración se deriva del hecho de que el Texto Refundido introduce en el art. 491 una regulación manifiestamente contraria a la norma que es objeto de refundición, en concreto el art. 178 bis 3, 4º, lo que supone un exceso ultra vires en la delegación otorgada para

proceder a la refundición, pudiendo los tribunales ordinarios, sin necesidad de plantear cuestión (por todas STC de 28/7/2016 o STS de 26/11/2018), inaplicar el precepto que considere que excede de la materia que es objeto de refundición.

En efecto, el art. 178 bis 3, 4º de la LC, regulaba la llamada exoneración directa (ahora llamada régimen general) basada en la satisfacción o pago de los créditos privilegiados y contra la masa y si no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, del 25% de los créditos ordinarios.

Ciertamente, como expone la STS de 2 de julio de 2019, la regulación de la exoneración de deudas del art. 178 bis generaba muchas dudas, algunas de las cuales han sido objeto de aclaración en el Texto Refundido, dentro de las finalidades propias de un texto refundido.

Sin embargo, que el sistema de exoneración directa del art. 178 bis 3, 4º, tuviera como efecto la exoneración de la totalidad del pasivo no satisfecho, créditos ordinarios y subordinados, sin excepción, sin la excepción del crédito público, era una cuestión indubitada por la doctrina e indiscutida en los Juzgados y Tribunales.

La única discusión doctrinal y práctica se centraba en el alcance de la exoneración, en el sistema de exoneración provisional mediante plan de pagos (hoy llamada régimen especial) pues el art. 178 bis 5, apartado primero, aplicable únicamente a este sistema, exceptuaba al crédito público y por alimentos del alcance de la exoneración provisional. Mientras que el párrafo primero del art. 178 bis 6 comenzaba diciendo que los créditos no exonerados según el apartado anterior (entre los que se debían incluir los créditos públicos) podían ser exonerados a través del plan de pagos. Si bien a continuación parecía remitir al sistema administrativo de aplazamiento y fraccionamiento para los créditos públicos. Esta deficiente y contradictoria regulación fue objeto de interpretación por la citada STS de 2 de julio de 2019 en el sentido de entender que el crédito público podía ser objeto de exoneración provisional y objeto de satisfacción a través del sistema de plan de pagos mediante la inclusión del crédito público privilegiado y contra la masa no satisfecho en el mismo.

Por ello, se considera que el art. 491 altera por completo una norma clara e indiscutida del sistema llamado a refundir, regula de manera contraria a la norma vigente los efectos de la exoneración, alterando con ello el difícil equilibrio de derechos que regula dicho sistema y por tanto la igualdad de trato de los acreedores, sin que esta alteración pueda ser, de una manera muy clara, considerada una aclaración regularización o sistematización de la norma vigente.

La inaplicación del art. 491 supone que el TR mantenga, en lo que se refiere al régimen especial, la misma dicción literal en el art. 497, aunque con diferente sistemática, que los arts. 178 bis 5 y 6, que fueron interpretados por la STS de 2 de julio de 2019, en el sentido que se ha expuesto.

Ello supone, por tanto, que el art. 497, que regula la extensión de la exoneración en el régimen especial, continúe siendo interpretado de la manera que recoge la STS de 2 de julio de 2019".

En relación al tratamiento del crédito público, se pronuncia exactamente en los mismos términos, que damos por reproducidos, el AJM nº 10 de Barcelona nº 233/2020, de 23 de septiembre de 2020.

Incide también en ese criterio el AJM nº 13 de Madrid nº 170/2020, de 6 de octubre de 2020, que comienza diciendo que: "... España fue uno de los últimos países de la Unión Europea en prever un mecanismo de segunda oportunidad para las personas físicas. Si bien, cuando reguló esta figura en el ex art. 178 bis de la LC, lo hizo siguiendo una tendencia marcadamente liberal, hasta el punto que se decía que teníamos una de las regulaciones más liberales en esta materia, en comparación con otros países de nuestro entorno.

En concreto, el mecanismo de la segunda oportunidad o "fresh start" estaba regulado en el ex art. 178 bis LC y, a diferencia de otras legislaciones, podían optar a él todas las personas físicas, fueran comerciantes o no comerciantes, siempre que fueran "deudores de buena fe".

Asimismo, a diferencia de otros países, en la legislación española, el concepto de "buena fe" no se basaba en criterios subjetivos ni, por tanto, había que valorar las circunstancias de cada caso, sino que era un concepto legal, regulado desde un prisma objetivo. Es decir, según el ex art. 178 bis de la LC, deudor de buena fe era aquél que cumplía los tres primeros requisitos del artículo 178 bis número 1º, 2º y 3º (esto es, ser persona física, no haber sido declarado culpable del concurso, no haber sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio y haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos). En caso afirmativo, el deudor podía optar, bien a la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho si había pagado el umbral mínimo del número 4 (todos los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados) o, en caso contrario, obtener el beneficio de la exoneración parcial de la deuda exonerable, condicionada al pago de la deuda no exonerable, en un plazo de 5 años, en los términos y condiciones previstas en el plan de pagos. Dicho precepto fue objeto de interpretación por la STS de 2 de julio de 2019.

Pues bien, el 1 de septiembre de 2020, entró en vigor el texto refundido de la ley concursal, aprobado por la ley 1/2020, de 5 de mayo. Tal como recoge su disposición transitoria única, ese texto refundido se aplica tanto a los concursos que se declaren a partir de esa fecha como a los que estuvieran en trámite, sin mayores especificaciones a nivel de derecho transitorio.

Desde un punto de vista objetivo y formal, es lógico y entendible, habida cuenta que, conforme a la DA 8ª de la ley 9/2015, de 9 de mayo, ese texto refundido sólo podía "regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición", sin introducir ningún elemento nuevo o variación respecto al régimen anterior, pues para ello, sería necesario una norma con rango de ley.

Por tanto, en principio, el TRLC se debería poder aplicar a los concursos nuevos y a los que están en trámites porque, según el legislador, al no introducirse cambios, bastaría con acudir a una tabla de equivalencias entre una y otra norma.

Con todo, lo cierto es que el texto refundido, en lo que a exoneración del pasivo insatisfecho se refiere, ha ido, en mi opinión, un paso más allá de lo que podía ser objeto de refundición. Pues lejos de aclarar o regular conforme a la jurisprudencia, lo que ha hecho es justamente lo contrario, regular "contra ella", lo cual, insisto, no es posible en un texto refundido. Veamos el porqué de tal conclusión:

El ex art. 178 bis apartado 4 de la LC establecía que el deudor que fuera de buena fe, podía ser exonerado de manera definitiva de todo el pasivo insatisfecho si, habiendo intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (como es el caso), estaba al corriente de pago de los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados. De darse tal circunstancia, el deudor quedaba exonerado de todos el crédito concursal ordinario y subordinado, incluido el crédito público".

Y a continuación añade: "Sin embargo, el TRLC, lejos de aclarar la normativa anterior conforme a esa jurisprudencia, lo que ha hecho es legislar "en contra de ella", lo cual sólo es posible, insisto, mediante una norma con rango de ley, pero no en un texto refundido. Así, el artículo 491 del TRLC, dispone lo siguiente: "el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos".

Es decir, el legislador, desoyendo la jurisprudencia interpretativa del antiguo texto normativo, establece ahora que tanto si el deudor opta por la exoneración definitiva e inmediata como por la provisional o mediada, nunca quedará exonerado del crédito público, lo que supone una clara merma de los derechos de los deudores y, como tal, un exceso del

legislador de lo que puede ser objeto de refundición. En estos casos, tal como concluyeron en su día la STC de 28 de julio de 2016 o la STS de 29 de noviembre de 2018, los jueces ordinarios estamos obligados a inaplicar la norma refundida, sin tener que plantear, para ello, una cuestión de inconstitucionalidad, al tratarse de una regulación "ultravires" y, como tal, prohibida por el art. 82.5 C. En este mismo sentido, se ha pronunciado, recientemente, el AJM nº 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020.

Es más, aunque pudiéramos concluir que el TRLC no contiene una regulación ultravires, lo cierto es que se plantea, en este caso, un serio problema de derecho transitorio, habida cuenta que la solicitud de exoneración se plantea y tramita antes del 1 de septiembre de 2020, sólo que queda para resolver con posterioridad a su entrada en vigor, no siendo responsabilidad del deudor, la demora en la resolución de los procedimientos por un deficiente estado de la administración de justicia por sobrecarga de trabajo del órgano judicial y de este juzgador. Y ello es así porque es más que evidente que si se aplica el TRLC con efectos retroactivos, contiene una restricción importante de derechos para el deudor y, como tal, no sería posible por conculcar el art. 9.3 de la CE, lo que me lleva, nuevamente, a la aplicación de la antigua normativa y de la jurisprudencia interpretativa de la misma.

En resumen, habiéndose planteado la petición de exoneración conforme al art. 178 bis LC, a ella debemos estar, y, de aplicarse el TRLC, hay que hacerlo, pero siempre conforme a la interpretación que la jurisprudencia ha hecho de la norma objeto de refundición”.

Paradójicamente, el mismo día, es decir, el 6 de octubre de 2020, se dicta, aunque manteniendo criterio contrario a las resoluciones anteriores, el AJM nº 1 de A Coruña nº 143/2020. Este Auto considera que el refundidor no ha incurrido en extralimitación alguna y que lo realizado ha consistido simplemente en colmar una laguna existente, dado que el artículo 178 bis, apartado 3, nº 4, LC no regulaba la extensión de la exoneración inmediata, sino el umbral de pasivo mínimo que debía abonar el deudor para la utilización de esta vía legal de acceso al BEPI. Concretamente señala:

“En el artículo 178 bis LC no se recogía el alcance de la exoneración cuando el deudor se acogía a la modalidad de exoneración directa y revocable. El apartado 5 del art. 178 bis LC establecía cuál era el ámbito de la exoneración de pasivo insatisfecho cuando el deudor se hubiese acogido a la modalidad de concesión diferida por aprobación de un plan de pagos.

La carencia normativa se suple en el artículo 491 TRLC, en el que se contempla el ámbito de extensión de la exoneración y nuevamente se diferencia entre el deudor que, reuniendo los requisitos para ello, hubiese intentado el acuerdo extrajudicial de pagos y el que no lo hubiera hecho.

** Deudor que sí intentó un previo acuerdo extrajudicial de pagos: el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.*

** Deudor que, reuniendo los requisitos para poder hacerlo, no intentó un previo acuerdo extrajudicial de pagos: el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados.*

Debemos detenernos en el análisis de la referencia legal que se contiene en el inciso final del artículo 491, apartado 1, TRLC que conlleva la exclusión de los créditos de derecho público y de alimentos del ámbito de extensión de la exoneración que se puede conceder al deudor que abonó un umbral mínimo de pasivo y además intentó el acuerdo extrajudicial de pagos. Literalmente se prevé que en este caso " el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos".

Durante la vigencia del artículo 178 bis LC se debatió si la modalidad de exoneración de pasivo de carácter directo y revocable alcanzaba a todas las deudas (incluidas las de

alimentos y los créditos públicos). La STS nº 381/2019, de 2 de julio, [RJ 2019/2769], sostuvo que el alcance de la exoneración concedida a los deudores en el caso previsto en el ordinal 4º del apartado 3 del artículo 178 bis LC, que contemplaba la modalidad de exoneración inmediata, exigía que se hubieran pagado los créditos contra la masa y los créditos con privilegio general, y "respecto del resto, sin distinción alguna, el deudor quedará exonerado"

En relación al alcance de la exoneración en la modalidad inmediata y revocable, el nuevo artículo 491 TRLC regula la extensión de la exoneración en el régimen general: la referencia legal a los créditos de derecho público y por alimentos ha de entenderse referida a todos ellos, al margen de cuál sea su clasificación crediticia. Por tanto, si el deudor obtiene el beneficio de exoneración de pasivo en la modalidad estudiada habrá de abonar en su integridad los créditos contra la masa y los privilegiados; en este caso, la exoneración comprenderá todos los créditos insatisfechos, a excepción de créditos de Derecho Público y alimentos -entiéndase, que tengan la consideración de créditos concursales no privilegiados-

Sin embargo, posteriormente, la SJMER nº 1 de Girona nº 1205/2020, de 22 de diciembre de 2020⁸, en relación con la exoneración del crédito público, con referencia expresa a los tres primeros Autos mencionados en este trabajo, expone que:

"4.1.- Pese a la modificación legislativa introducida por el Texto refundido de la Ley concursal en su artículo 491.1, que exceptúa de la exoneración los créditos de naturaleza pública, se comparten los argumentos contenidos en los autos del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020, del Juzgado Mercantil número 11 de Barcelona de 21 de septiembre de 2020 y del Juzgado Mercantil número 13 de Madrid de 6 de octubre de 2020, en el sentido -en el primero de ellos- de que se advierte un exceso ultra vires en la delegación otorgada para proceder a la refundición ..."

Y más adelante añade: *"4.2.- Por su parte, el Magistrado ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, Excmo. Sr Sancho Gargallo, ha razonado en el número 51 del Anuario de derecho concursal ("Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia") mantener la exoneración del crédito ordinario y subordinado público de la siguiente manera:*

"En el desarrollo de esta labor integradora, el Gobierno debe andar con cuidado, pues fácilmente puede traspasar la frontera de la habilitación e incurrir, según la doctrina del Tribunal Constitucional, en una extralimitación de la delegación, con el consiguiente efecto.

Entiendo que esto es lo que ha ocurrido con el artículo 491.1 del texto refundido de la Ley Concursal. Este precepto, al regular la extensión de la exoneración en el caso en que se opte por la vía de la exoneración inmediata (la del ordinal 4.º del art. 178 bis.3 LC) y se cumpla el requisito previo de haberse satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y concursales privilegiados, así como, para el caso en que no se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos ordinarios (art. 488 TRLC), ha introducido unas excepciones que no se contenían en el ordinal 4.º del artículo 178 bis.3 de la Ley Concursal. El artículo 491.1 del texto refundido prescribe que en esos casos "el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos".

No cabe entender, como sí hace el dictamen del Consejo de Estado, que la inclusión de estas excepciones constituya "una adecuada armonización, en la medida en que tal acotación se hace en el artículo 178 bis.5-1.º de la Ley Concursal (art. 497.1-1.º TR) en los casos de exoneración por la aprobación de un plan de pagos". Dejando al margen la interpretación que del artículo 178 bis.5-1.º de la Ley Concursal hace la jurisprudencia (sentencia del

⁸ Por su interés, incluimos en el texto esta sentencia después de haber enviado a la revista el artículo: en el trámite de corrección de pruebas previo a la publicación.

pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio (RJ 2019, 2769)), lo que estaba claro es que bajo la regulación de la Ley Concursal la opción por la exoneración inmediata del ordinal 4.º del artículo 178 bis.3, cumplidos los requisitos mencionados, daba lugar a la exoneración de todos los restantes créditos ordinarios y subordinados, incluidos los créditos de derecho público y por alimentos.

La introducción de estas excepciones donde no existían, no colma una laguna, ni aclara o precisa el sentido de la norma legal refundida, sino que altera gravemente el equilibrio de intereses ponderados en la ley para la concesión de este beneficio mediante el reconocimiento de un privilegio a unos acreedores del que no gozaban antes, con la consiguiente discriminación para los restantes acreedores y el agravamiento de las condiciones para lograr la exoneración total del pasivo del deudor concursado. No cabe invocar una armonización de normas cuando se altera gravemente el equilibrio de intereses y derechos, esto es, cuando se alteran respecto de la situación anterior las reglas que configuraban la par condicio creditorum al acudir a la exoneración inmediata.

El riesgo al que se expone este precepto del texto refundido es que cualquier tribunal mercantil, sin necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, aprecie la extralimitación de la habilitación legal y deje de aplicarlo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional, ya desde el Auto 69/1983, de 17 de febrero (RTC 1983, 69), ha entendido que "pertenecen al ámbito normal de poderes del Juez (...) el inaplicar los Decretos legislativos en lo que exceden de la delegación o más propiamente el no conferir al exceso el valor de Ley". Como declara en la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1984, de 4 de abril (RTC 1984, 47) (y en términos parecidos en las SSTC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 61); 159/2001, de 5 de julio (RTC 2001, 159); 205/1993, de 17 de junio (RTC 1993, 205); 51/2004, de 5 de julio (RTC 2004, 51); 166/2007, de 4 de julio (RTC 2007, 166)), "el control de los excesos de delegación corresponde no solo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria. La competencia de los Tribunales ordinarios para enjuiciar la adecuación de los decretos legislativos a las leyes de delegación se deduce del artículo 82.6 de la Constitución".

Es una pena que un trabajo de refundición tan excelente y loable como el que emanó de la sección especial de la Comisión General de Codificación pueda quedar empañado por un desliz -o imposición- como este, que puede provocar la peor descalificación judicial, su inaplicación".

Como ha sido señalado, sobre la base del apartado 4 del artículo 178 bis tanto la doctrina como varias resoluciones judiciales (por ejemplo: la SAP de Baleares de 21 de septiembre de 2016 o la SJM nº 2 de Pontevedra de 25 de junio de 2019) y, sobre todo, la mencionada STS nº 381/2019, de 2 de julio, mantuvieron que el alcance de la exoneración concedida a los deudores en el caso previsto en el ordinal 4º del apartado 3 del artículo 178 bis LC, que se refería a la modalidad de exoneración inmediata, una vez satisfechos los créditos contra la masa y los créditos con privilegio general, comprendía la totalidad del crédito concursal ordinario y subordinado, incluso el público y por alimentos.

En efecto, leído el apartado 4 del artículo 178 bis, entendemos que esta conclusión es razonable. El razonamiento es: si concurren los cuatro primeros requisitos del apartado 3 del artículo 178 bis, el juez del concurso concederá, sin excepciones, el beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho. Ello contrastaba, y de ahí las críticas, con la previsión específica del apartado 5 del artículo 178 bis, que al "deudor más pobre", al que no ha podido satisfacer el umbral mínimo de pagos, no le permite exonerar el crédito público ni por alimentos.

Por tanto, a nuestro juicio, las resoluciones mencionadas que consideran (todas, excepto el AJM nº 1 de A Coruña nº 143/2020, de 6 de octubre) que como el artículo 491. 1 del TRLC, al regular la extensión de la exoneración inmediata (la del ordinal 4º del artículo 178 bis 3 de la LC), ha introducido excepciones que no se contenían en el párrafo 4 del artículo 178 bis de la LC ha incurrido en un supuesto de extralimitación en la

habilitación legal concedida al refundidor, se encuentran bien fundadas. De ese modo, es coherente que al apreciar la existencia de ultra vires en la delegación concedida para proceder a la refundición, hayan decidido inaplicar el precepto que ha incurrido en la extralimitación (el citado artículo 491 del TRLC), sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad (STC nº 166/2007, de 4 de julio, entre otras).

No obstante, la conclusión no puede ser la misma respecto a la extensión de la exoneración por la aprobación de un plan de pagos. En este caso, el refundidor en el artículo 497 del TRLC ha dejado inalterada la redacción del artículo 178 bis apartado 5 de la LC, con lo que la argumentación para justificar la extralimitación, la existencia de ultra vires y la inaplicación de la norma (del artículo 497 del TRLC) no se ha basado en que el TRLC se haya apartado de las previsiones contenidas en un precepto de la LC, sino en introducir una regulación que no se corresponde con el criterio asumido por el Tribunal Supremo en una sentencia: la STS nº 381/2019, de 2 de julio.

Sobre este punto, el mencionado AJM nº 7 de Barcelona nº 507/2020, de 8 de septiembre de 2020 ha señalado: *“En materia de extensión de la exoneración del crédito público se ha de estar al criterio mantenido por el TS en la sentencia de 2 de julio de 2019 en la que, básicamente, se debe incluir el crédito público en el sistema de exoneración, tanto general como especial (en la terminología del vigente TR). Ello supone en este caso la inclusión del crédito público privilegiado y contra la masa en el plan de pagos y la restante exoneración provisional del crédito público”*.

A diferencia del caso anterior, es decir, a diferencia de la argumentación y conclusión adoptada para justificar la inaplicación del artículo 491 del TRLC, la argumentación y la conclusión a la que han llegado las resoluciones mencionadas para inaplicar el artículo 497 del TRLC no nos parece admisible, por conculcar de manera flagrante el principio de legalidad. Como ha señalado MUÑOZ PAREDES: *“Para concluir si hay ultra vires hay que comparar norma con norma a la luz de la doctrina constitucional, obviando (por más que duela) una jurisprudencia abrogatoria que no trató más que de sistematizar y armonizar, tareas, ambas, más propias de un instrumento legislativo nacido precisamente con tal fin, por arcaico y claudicante que nos pueda parecer su criterio. Podemos reprochar la solución, pero no el medio”*⁹.

El problema es qué hacer ante un hecho cierto, que no es otro que los tribunales están inaplicando un precepto (el artículo 497 del TRLC), por ser contrario a un criterio mantenido en una STS. Según nuestro punto de vista, la solución debe pasar por aprovechar la reforma de nuestro derecho interno que debe realizarse para adaptar al ordenamiento español a la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas, para matizar la regulación del BEPI, aunque, paradójicamente, consideramos que una buena parte de los planteamientos recogidos por la jurisprudencia deben ser incorporados en el texto legal: nuestra discrepancia con el criterio de las resoluciones comentadas es, más que con el fondo, con la forma¹⁰.

Respecto a la exoneración del crédito público, consideramos que el legislador, para permitir, de forma real y efectiva, que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer (objetivo recogido en preámbulo del RDL 1/2015, de 27 de

⁹ En “Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo”, Diario La Ley nº 9713/2020.

¹⁰ Así también CUENA CASAS, M. “Segunda oportunidad y crédito público (A propósito de la mal entendida Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019)”. Publicación en el blog hayderecho.com, 29 de julio de 2019.

febrero, que introdujo el art. 178 bis en la Ley Concursal), debe aprobar una norma que contemple la exoneración del crédito público ordinario y subordinado, con independencia del procedimiento a través del cual acceda a ella el deudor.

En relación a la exoneración de los créditos por alimentos, también nos decantamos por su exoneración con independencia del régimen de acceso a la exoneración, pero con matices. No puede olvidarse que la deuda por alimentos de los hijos menores constituye uno de los deberes fundamentales derivados de la patria potestad (art. 154, II, 1º del Código Civil) y que su singular naturaleza deriva de la exigencia constitucional de la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), como se refrenda en textos internacionales (art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990 y art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, aprobada el 7 de diciembre de 2000).

Por esa razón, el crédito por alimentos presenta un tratamiento singular, incluso en la legislación concursal, aunque quizá el precepto sea poco conocido y, por ello, poco aplicado. Nos referimos al artículo 124.3 del TRLC (anterior 47.2 de la LC), que establece: *“La obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez del concurso. El exceso tendrá la consideración de crédito concursal ordinario”*.

Como ha establecido la STS 86/2019, 13 de Febrero de 2019: *“Al regular los créditos contra la masa, el art. 84.2.4º LC atribuye esta condición a los de alimentos con cargo al concursado acordados judicialmente en un procedimiento de familia con posterioridad a la declaración de concurso, y, en el caso en que tuvieran su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad, a los “devengados con posterioridad a la declaración del concurso”. A sensu contrario y en consonancia con el art. 49 LC, los créditos por alimentos devengados con anterioridad a la declaración de concurso son créditos concursales ordinarios, **salvo la parte que, conforme al art. 47.2 LC, el juez del concurso haya determinado que se satisfaga con cargo a la masa”**.*

Y seguidamente añade: *“En el concurso de acreedores, el art. 47.2 LC, tal y como lo hemos interpretado, otorga un instrumento al juez para, en su caso, evitar que la aplicación de las reseñadas reglas concursales pueda amparar abusos o situaciones objetivamente injustas. El juez podrá determinar qué parte de los créditos por alimentos deberían necesariamente ser abonados con cargo a la masa...”*.

En la práctica, parece lógico pensar que el mecanismo del artículo 124.3 del TRLC (anterior artículo 47.2 de la LC), si existe crédito por alimentos de hijos menores, sea activado a instancia de parte, bien por el administrador concursal, o bien por el progenitor que actúa en representación de los hijos en el proceso de familia en que se determinó la deuda. No obstante, entendemos que la protección del interés superior de los menores y las facultades de oficio que el ordenamiento atribuye a la jurisdicción en materia de protección de los menores, justica que el juez pueda activar este mecanismo de protección del crédito por alimentos, también en los casos de conclusión por insuficiencia de masa y solicitud del BEPI (así, la SAP Pontevedra 71/2020, 12 de Febrero de 2020).

De ese modo, vía artículo 124.3 del TRLC, sin establecer un régimen distinto de exoneración para los créditos por alimentos ordinarios y, en su caso, subordinados (éstos quedarán exonerados), se articula un mecanismo para evitar situaciones injustas o de abuso en relación con el crédito por alimentos en el concurso del alimentante. El crédito por alimentos devengados antes del concurso es crédito ordinario, pero la exigencia de la protección de los intereses en juego justifica la atribución al juez de una facultad singular, que le permitirá, en atención a las circunstancias del caso, modificar la naturaleza del crédito, total o parcialmente, convirtiéndolo en crédito contra la masa; crédito que deberá ser abonado para acceder a la exoneración.

5. BIBLIOGRAFÍA

CAMPUZANO LAGUILLO, A.B/SANJUÁN Y MUÑOZ, E. GPS Concursal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

CUENA CASAS, M. “La insolvencia de la persona física: prevención y solución”, en El Notario del Siglo XXI, mayo-junio 2015, nº 61. Madrid 2015.

“Segunda oportunidad y crédito público. (A propósito de la mal entendida Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019)”. Blog hayderecho.com, 29 de julio de 2019.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a M. La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia. Ed. Lefevre/El Derecho, 2^a Ed., Madrid 2015.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. “El régimen de segunda oportunidad introducido por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 750/2015. Madrid 2015.

MUÑOZ PAREDES, A. “Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo”, Diario La Ley nº 9713/2020.

PUIGSERVER ASOR, C. “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, en la obra colectiva La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas. PUIGSERVER ASOR, C/ADAN DOMÉNECH, F. Ed. Librería Bosch, Barcelona 2019.

PULGAR EZQUERRA, J. Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Ed. La Ley-Wolters Kluwer, 2^a Edición, Madrid 2016.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E. “El concepto de buena fe en supuestos de segunda oportunidad”, en la obra colectiva dirigida por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I/OLMEDO CARDENETE, M, Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.

SENDRA ALBIÑANA, A. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

SENENT MARTÍNEZ, S.; GALLEGO SÁNCHEZ, A.M; NIETO DELGADO, C.; VILLENA CORTÉS, F.B.; «Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social». Fascículo de actualización de la Ley Concursal Comentada, Ed. Francis Lefevre/El Derecho, Madrid 2015.

LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL¹

EFFECTS OF THE DECLARATION OF INSOLVENCY ON THE CONTRACTS IN THE CONSOLIDATED TEXT OF BANKRUPTCY LAW”

INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ
Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2020
Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2020

RESUMEN: En el presente trabajo se estudian las principales novedades introducidas en el Texto refundido en esta materia (excluidos, por su especialidad, los contratos laborales y administración). En particular, se estudian los cambios de sistemática introducidos por dicho texto legal, los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos, y en particular sobre aquellos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, que era presupuesto necesario para su resolución en la ley, por incumplimiento o en interés del concurso (aunque el Texto refundido extiende esta última posibilidad a cualquier contrato con obligaciones recíprocas).

ABSTRACT: This work examines the main developments introduced in the new text in this matter (excluding, by their specific nature, employment contracts and administration). This study covers the most important systematic developments introduced by that legal text and the general effects on contracts when insolvency is declared. In particular, effects on those contracts on which each party owes obligations to the other at the moment at which the insolvency is declared. According to the insolvency law only these contracts could be terminated (although the new text alters this concrete aspect).

PALABRAS CLAVE: Insolvencia, efectos del concurso, contratos, contratos con obligaciones recíprocas.

KEYWORDS: Insolvency Law, effects of insolvency, contracts, executory contracts.

¹ El presente trabajo se ha utilizado como base para la Ponencia “Efectos de la declaración del concurso sobre los contratos” en el *Curso sobre el Texto Refundido de la Ley concursal* organizado por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia, el 5 de octubre de 2020.

SUMARIO: 1. Alteraciones sistemáticas del capítulo en que se regula esta materia; 2. Efectos generales de la declaración de concurso; III. Resolución por incumplimiento; IV. Resolución en interés del concurso; V. Rehabilitación de concurso.

I. ALTERACIONES SISTEMÁTICAS DEL CAPÍTULO EN QUE SE REGULA ESTA MATERIA

El Texto Refundido de la Ley concursal (en adelante, TR) mejora de manera reseñable la sistemática del Capítulo en el que se regulan los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, mediante la división en secciones de la materia que antes se regulaba en único capítulo y la reordenación de algunos preceptos. Además, se convierten en norma expresa principios y reglas implícitos y se introducen cambios y ajustes importantes – algunos poco afortunados- en la literalidad de varios preceptos. Como se ha dicho en relación al Proyecto de TR, es una de las materias del TRLC donde se manifiesta “en su mayor dimensión no sólo la alteración de la sistemática y la alteración de la literalidad de los preceptos de la Ley, sino especialmente la labor, también ínsita en la tarea de refundición... de llevar a cabo ajustes importantes”².

Los efectos del concurso sobre los contratos se regulan en el Capítulo IV (“De los efectos sobre los contratos”) del Título III (“De los efectos de la declaración de concurso”) del Libro I (“Del concurso de acreedores”). La materia se regula en los arts. 156 a 191, que sustituyen los anteriores artículos 61 a 70 LC.

El Capítulo IV “De los efectos sobre los contratos” se halla dividido en cinco secciones, respecto de las que cabe diferenciar dos bloques de preceptos: por un lado, los que se refieren a los contratos en general (tres primeras secciones) y, por otro, los que contienen reglas particulares aplicables a los contratos de trabajo y contratos con las administraciones públicas (dos últimas secciones). Por lo que ahora interesa, las tres secciones que integran el primer bloque de cuestiones son: “De los efectos sobre los contratos” (sección 1^a), “De la resolución de los contratos” (sección 2^a) con dos subsecciones según se trate de resolución por incumplimiento o en interés del concurso, y “Del derecho a la rehabilitación de contratos”.

Dentro de estas secciones se altera la ubicación de algunos preceptos y se produce una reordenación de los mismos. Dejando de lado la consabida división de los preceptos que de manera generalizada llevan a cabo los redactores del texto refundido, los cambios de sistemática, por secciones, son los siguientes:

-En la sección 1^a (“De los efectos sobre los contratos”), la alteración mas relevante que repercute en la sistemática general del Capítulo, y que se valora muy positivamente, es que las reglas generales sobre los efectos de la declaración de concurso se refieren ahora a todos los contratos y no, como se hacía en la Ley concursal, únicamente a los contratos con obligaciones recíprocas. Destaca este aspecto el Informe del Ministerio de Justicia sobre el TR, señalando que “el cambio de sistemática supone un cambio de perspectiva a la hora de abordar el estudio de estas normas”³.

De acuerdo con ello se introduce un principio general relativo a la vigencia de los contratos después de la declaración de concurso, que antes no se establecía expresamente (aunque se deducía a contrario de la norma) aplicable a todo tipo de contratos. A este fin se incorpora el artículo 156 TRLC por el que se establece, con pretensión de generalidad, que “La declaración

² Vid., en este sentido “Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal”, pág. 75.

³ Vid. “Memoria del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley concursal “ elaborado por el Ministerio de Justicia, pág. 29.

de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato” . Se traslada a este precepto la previsión de que “se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o -directamente- la extinción del contrato por la sola declaración de concurso de las partes”, que antes sólo se refería a los contratos con obligaciones recíprocas.

En segundo lugar, se reubica el precepto relativo a los “supuestos especiales” que recogía el artículo 63 LC, que se incorpora en esta primera sección (art. 159 TRLC), dentro de los preceptos que se refieren a los efectos sobre los contratos, a continuación del principio general de vigencia de los contratos (art. 156 TRLC) y de las reglas específicas para los contratos con obligaciones recíprocas (art. 158 TRLC), y por ello antes -esto es lo importante- de las normas que regulan la resolución por incumplimiento o en interés del concurso. Este cambio supone un intento de clarificar cuál es la verdadera especialidad que introducen estos preceptos, que es la posibilidad de dejar sin efecto el principio general de vigencia de los contratos (que impide considerar la declaración de concurso como una justa causa para su resolución o extinción), en cuanto reconocen la facultad de denuncia unilateral de algunos contratos o la posibilidad de pactar su extinción. La reubicación del precepto se valora también de forma positiva, aunque hubiera sido todavía más clarificador si se hubiese situado a continuación de dicho principio (como art. 157 TRLC), puesto que constituye una excepción al mismo.

En la sección 2ª, relativa a la resolución del contrato, se distingue formalmente y se regula en subsecciones separadas la resolución del contrato por incumplimiento y en interés del concurso. Más allá de esta distinción, que es razonable, lo más reseñable, aunque es más bien una cuestión de fondo, es que, con un criterio cuestionable, se permite el ejercicio de la facultad de resolución en interés del concurso frente “a cualquier contrato con obligaciones recíprocas” si se estima necesario o conveniente para el interés del concurso, en lugar de restringir dicha facultad a aquellos contratos en los que existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, como exigía la Ley concursal, y debería seguir exigiendo el TR.

En la sección 3ª no se lleva a cabo ninguna reordenación de las reglas: los artículos 166, 167 y 168 reproducen, con algún cambio de estructura interna, lo establecido en los artículos 68 a 70 LC. La principal alteración, pero esta también es más de fondo que de forma, se refiere a que el TR extiende la rehabilitación a todos los contratos de financiación (art. 166.3 TRLC).

II. EFECTOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Se establece, como se decía, de manera expresa la regla “La declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato” (art. 156 TRLC), que anteriormente no contemplaba la LC, aunque se deducía de su articulado (interpretación a contrario artículo 61.3 LC). Esta regla se aplica a todos los contratos, con independencia de su naturaleza y de su grado de ejecución.

En relación con dicha regla deben entenderse los supuestos especiales que recoge el artículo 158 TRLC, que reubica el TR, que se refieren a reglas extraconcursales por las que se establece la facultad de denuncia unilateral del contrato o permiten pactar la extinción del contrato en situaciones concursales o de liquidación administrativa.

Se regulan a continuación los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes al tiempo de la declaración de concurso, con un régimen distinto en función de que estén pendientes de cumplimiento por una de las partes (art. 157 TRLC) o por ambas partes (art. TRLC 158).

El primero (157 TRLC) de los preceptos citados no contiene ninguna modificación reseñable (aparte de que la rúbrica del precepto no precisa que los contratos a que se refiere son los que

generan obligaciones recíprocas). Por Lo demás, incorpora la regla de que, si al tiempo de la declaración de concurso existieran obligaciones recíprocas pendientes de vencimiento sólo para una de las partes, y la otra todavía tuviese pendiente el cumplimiento total o parcia de las que fueran a su cargo, “el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso”. Por tanto, la prestación pendiente a cargo del concursado será crédito concursal y no podrá exigirse con cargo a la masa, sin posibilidad de que se altere esta regla por el hecho de que la prestación consista en entrega de una cosa específica.

El segundo (art. 158 TRLC) incorpora de manera expresa la regla de que las partes tendrán que cumplir con sus respectivas prestaciones (“Ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas...”), además de señalar que serán con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado. Se establece, por tanto, con claridad que, a pesar de la declaración de concurso, la parte *in bonis* tendrá que cumplir con lo comprometido, y cobrar su prestación como crédito contra la masa, aunque esta calificación no asegure el cobro dentro del concurso.

III. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

El TRLC mejora la sistemática interna del artículo 62 LC: separa en preceptos distintos los presupuestos o requisitos para el ejercicio de la acción de resolución, que a su vez se desdobra en supuestos de resolución por incumplimiento anterior (art. 160) y por incumplimiento posterior (161), el ejercicio de la acción (162) y efectos (163). Sin embargo, introduce dudas interpretativas que no están justificadas.

1. No formulación expresa de la regla que exige obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes

En lo que se refiere a los requisitos, los artículos 160 y 161 TRLC no incorporan con la claridad que sería deseable un presupuesto necesario para que opere la resolución por incumplimiento en el concurso, a saber, que se trate de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, tanto si es por un incumplimiento anterior como posterior a la declaración de concurso.

En efecto, el artículo 62.1 LC establecía de manera expresa, por remisión, que la facultad de resolución por incumplimiento posterior dentro del concurso resultaba aplicable a los contratos “a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente”, que son los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes. La interpretación literal del precepto se confirma por la Sala 1ª del TS, sentencias 3143/2016, de 29 de junio de 2016 (relativa a contrato de leasing) y sentencia 235/2014, de 22 de mayo (contrato de permuta de solar por obra futura). En ambos casos, el Tribunal deniega la posibilidad de instar la resolución del contrato por incumplimiento posterior ex artículo 62.1 LC sobre la base de que no existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes al tiempo de la declaración de concurso conforme al artículo 61.2 LC. De acuerdo con estas sentencias: “ No resulta de aplicación el art. 61.2 LC , que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del art. 62.1 LC , porque sólo lo admite en los casos del art. 61.2 LC , esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso”.

Lo importante es el argumento, a mi juicio acertado, utilizado por la Sala 1º para justificar la imposibilidad de ejercitar la resolución. Según la STS de 29 de junio de 2016, que es la que añade esta explicación, la razón para impedir esta reside es que, de estimarse esta posibilidad y la consiguiente restitución de los bienes dados en arrendamiento “se le estaría permitiendo extraer de la masa del concurso determinados bienes o derechos y liberarse de sus consecuencias, frente a los demás acreedores concursales que deberían pasar por las consecuencias negativas que para su crédito supone la declaración de concurso”. En otras palabras, no teniendo carácter recíproco la obligación pendiente de incumplimiento para el concursado, carece de cualquier justificación la posibilidad de recuperar lo entregado, frente a los demás acreedores que deben estar a lo que resulte del concurso para el cobro de sus créditos, sin que pueda introducirse ninguna excepción a favor de los acreedores cuyo crédito nace de un contrato, aunque, en abstracto, sea susceptible de generar obligaciones recíprocas.

Pese a todo, el TRLC no precisa con claridad dicho requisito: para la resolución por incumplimiento anterior, el 160 nada dice; y para resolución por incumplimiento posterior, el 161 habla de “obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento” (sin precisar que han de estarlo para ambas partes). Este error se arrastra desde el Proyecto de TR, que omitía cualquier referencia relativa a los contratos con obligaciones recíprocas y al grado de ejecución del contrato ⁴. En la versión definitiva se corrigió en parte esta omisión pero no se hizo con la suficiente precisión, al aludirse a los “contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento”, sin añadir nada más. Pese a todo, la literalidad de la norma presupone la subsistencia de obligaciones pendientes para ambas partes al señalar que la resolución podrá ejercitarse “por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes”.

2. Prohibición de resolver los contratos de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración de concurso

En segundo lugar, se redacta de manera más clara la regla de que la resolución por incumplimiento anterior sólo podrá ejercitarse si el contrato es de tracto sucesivo (cfr. art. 160 TRLC) y, por ende, no es admisible si el contrato fuera de tracto único.

El artículo 62.1 LC, tras establecer la posibilidad de resolver los contratos por incumplimiento posterior, se limitaba a señalar que si se trataba de contratos de tracto sucesivo la facultad de resolución podría ejercitarse también si el incumplimiento fuese anterior, pero no prohibía de manera expresa esta en los de tracto único, aunque pudiera llegarse a esta conclusión mediante una interpretación *a contrario* de la norma. La Sala 1ª del TS refrendó esta última interpretación, en las 505/2013, de 24 de julio y 510/2013, de 25 de julio (que después reitera con carácter de *obiter dictum* la sentencia 500/2016, de 19 de julio). Todas ellas, relativas a contratos de compraventa de vivienda en el concurso de Martinsa-Fadesa, se refieren a supuestos en los que la prestación de la promotora vendedora se había incumplido antes de la declaración de concurso, en cuanto se había cumplido -sobradamente- el término convenido por las partes sin que se hubiese procedido a la entrega de la vivienda. El TS declaró la imposibilidad de resolver los contratos sobre la base de que el incumplimiento fue claramente anterior a la declaración de concurso aunque la situación de incumplimiento se prolongara o mantuviera al tiempo de la declaración de concurso (argumento que solía utilizarse para justificar la resolución). Se concluye que “El

⁴ Dicha omisión daba cierto pie para entender que, de acuerdo con dicho texto la facultad de resolución podía ejercerse en contratos con obligaciones recíprocas cualquiera que fuera su grado de ejecución (vid., Informe del Consejo General del Poder Judicial, op. cit., pág. 77). Sin embargo, resalta la necesidad de subsanar esta omisión el “Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley concursal” (versión consultada en www.boe.es).

incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después”.

Lo más relevante, que no aclara esta sentencia, es determinar cuál es la razón que justifica el rechazo de la facultad resolutoria por incumplimiento anterior en esta clase de contratos y que, a primera vista, pudiera provocar resultados aparentemente injustos para la parte *in bonis*. Pues bien, la razón es la misma que impide que pueda operar aquella en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes sólo para una de las partes al tiempo de la declaración de concurso, a saber, el riesgo de que, de admitirse la resolución, se le permitiría extraer de la masa determinados bienes y liberarse de las consecuencias del concurso, con la consiguiente alteración de la regla de igualdad de trato de los acreedores. De no ejercitarse la facultad de resolución antes de la declaración de concurso, la única vía para satisfacer su interés dentro del concurso será la que tienen a su disposición todos los que concurren al concurso: comunicar su crédito e intentar cobrar el mismo dentro del concurso con la calificación que corresponda.

Por el contrario, los contratos de tracto sucesivo se pueden resolver por incumplimiento anterior del concursado (cfr. art. 160 TRLC como prescribía el art. 62.1 LC). En relación a estos contratos, el TS ha precisado que, a tal fin, es irrelevante que el incumplimiento resolutorio tenga lugar antes o después de la declaración de concurso, de tal modo que tal declaración no produce efectos “depuradores” de incumplimientos anteriores ni “expropia” al contratante cumplidor de la facultad de resolución para el caso de que este incumplimiento sea resolutorio. Según dicho Tribunal, el fundamento de esta posibilidad reside en que el incumplimiento se produce en el marco de una relación contractual unitaria, esto es, “dada la existencia de una relación unitaria, el incumplimiento resolutorio anterior a la declaración de concurso permanece y sigue incurso en causa de resolución con posterioridad a la misma”, tal y como se desprende de las sentencias de 21 de marzo de 2012 anteriormente citadas. Ahora bien, esta relación unitaria se da, incluso de forma más clara, en los contratos de tracto único, y, sin embargo, como acaba de explicarse, estos no se pueden resolver por incumplimiento anterior. Por ello, lo decisivo es más bien que en este tipo de contratos hay obligaciones nuevas pendientes de cumplimiento para ambas partes, que pueden ser de interés para el concurso, lo que justifica que no exista ninguna penalización o expropiación por no haberse instado la facultad de resolución antes de la declaración de concurso (como sucede en los contratos de tracto único). En otras palabras, la parte *in bonis* no sería, a estos efectos, un acreedor más dentro de la masa sino que tiene una posición singular que justifica que subsista la facultad de resolver la relación contractual -que a estos efectos debe considerarse única- una vez declarado el concurso.

IV. RESOLUCIÓN EN INTERÉS DEL CONCURSO

1. *Supuestos a los que se aplica*

Una de las novedades más importantes introducidas por el TRLC es que se permite la resolución del contrato en interés del concurso para cualquier contrato con obligaciones recíprocas (art. 165 TRLC), y no sólo en el supuesto de que existan obligaciones recíprocas pendientes de vencimiento para ambas partes, como prescribía el artículo 61.2.2º LC.

Plantea varias dudas: la primera, determinar cuál es el criterio o la interpretación que subyace a esta alteración; la segunda, en función de lo anterior, si dicha alteración está permitida en cuanto tiene por objeto eliminar una “incongruencia” suscitada por la anterior regulación o es, en realidad, una modificación de fondo que excede de los límites permitidos

para llevar a cabo la refundición (aunque desde un punto de vista práctico, atendiendo al fin que se pretende, esté justificada).

Respecto a la primera, parece claro que la razón de la modificación tiene que ver con la mención al leasing que contenía el último inciso del citado artículo 61.2 LC (relativo a las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes), mientras que en dicho contrato, en su modalidad típica, sólo existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para una de las partes ⁵. Sobre la base de que ello constituye una “incongruencia”, se decide acabar con ella haciendo extensiva la posibilidad de resolver a todos los contratos, existan o no obligaciones pendientes de cumplimiento para ambas partes.

En cuanto a la segunda cuestión, y en estrecha relación con el criterio de interpretación aplicado, la alteración introducida carece de cualquier justificación.

Con carácter previo habría que aclarar que esta interpretación presupone que la mención al leasing se entiende hecha al contrato típico de leasing (en el que, una vez entregada la cosa sólo existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para una de las partes), y no únicamente a aquella modalidad concreta, admisible sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, en la que el arrendador financiero asume la obligación de garantizar la posesión pacífica de la cosa arrendada y, por tanto, existen obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes (que, aunque podría darse al amparo de la libertad de pacto, raramente se daría en la práctica).

Este razonamiento es acertado, aunque contradice la interpretación que, a modo de *obiter dictum*, realiza el TS, en las sentencias núm. 652/2014 de 12 noviembre y sentencias núm. 494/2015 de 12 septiembre, en las de manera expresa se señala que la resolución del contrato en interés del concurso sólo resulta aplicable, “si del análisis del concreto contrato de leasing concertado por la concursada resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero tras la declaración de concurso”. No obstante, estas sentencias tienen un valor relativo tanto por razones temporales (ya que la modificación no había entrado propiamente en vigor) como materiales (ya que no se ocupan de manera específica sobre esta cuestión, sino la relativa a la naturaleza de los créditos resultantes del leasing). En cualquier caso, no tiene ningún sentido pensar que se introduce una previsión específica para el leasing, que no sería aplicable al contrato típico de leasing sino a únicamente una modalidad atípica del mismo.

Sin embargo, lo que no considero justificado es apreciar en ello una “incongruencia” que pueda ser subsanada o corregida. La mención al leasing, que fue introducida en la Ley concursal por la Ley de reforma 38/2011, se realiza con el fin de que dicho contrato se pueda resolver en interés del concurso a pesar de que técnicamente sólo existan obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes. Constituye, por tanto, una excepción que no admite una interpretación extensiva, y no una incongruencia que deba corregirse haciendo tabla rasa de los requisitos exigibles para poder llevar a cabo la resolución. Y más cuando dicha interpretación contradice la jurisprudencia de la Sala 1ª, que STS que condiciona la resolución en interés del concurso a la existencia de obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes al tiempo de la declaración del concurso (vid. SSTS de 11 de octubre de 2011, res. 687/2011 y, con carácter de mero *obiter dictum*, la sentencia de 10 de noviembre de 2016, res. 660/2016). A pesar de que sólo la primera de estas sentencias tiene como *ratio decidendi* del fallo la ausencia de dicho requisito, y que la misma es de fecha anterior a la reforma, lo declarado por la Sala 1ª debe tomarse en consideración a la hora de “depurar” el sentido de la norma.

⁵ En el Informe del Consejo General del Poder Judicial relativo al Proyecto de TRLC, expresamente se dice que “parece que quiere buscar la congruencia con la previsión relativa al arrendamiento financiero que se contienen en el último inciso del art. 61.2 LC”.

A mi juicio esta modificación no podría fundarse únicamente en el interés del concurso, pues aparte de que en la versión de la Ley este requisito no parecía ser suficiente para resolver cualquier contrato, la modificación realizada ni siquiera cubrirá aquellos supuestos en los que un sector de la jurisprudencia consideraba que debía procederse a la resolución del concurso atendiendo a la protección de dicho interés. Es el caso de los créditos derivados de un contrato de swap confirmados en el marco de un acuerdo de compensación contractual regulados por la Ley 7/2011, de 11 de abril, en los que no hay obligaciones pendientes para ambas partes. Bajo la vigencia de la Ley concursal, la facultad de resolución de este contrato no encontraba amparo legal⁶, a pesar de lo cual los jueces de lo mercantil de Barcelona, y con ellos un sector importante de la jurisprudencia, admitían la posibilidad de resolver el acuerdo marco en interés del concurso (con el consiguiendo vencimiento anticipado de todas las operaciones financieras y su compensación). Pues bien, con la modificación introducida en el TR, la previsión legal de instar la resolución en interés del concurso no alcanzaría a estos contratos, por no existir obligaciones recíprocas (como tiene declarada la Sala 1ª del TS, nacería una única obligación para una sola de las partes sin perjuicio de la que pueda surgir para la otra en futuras liquidaciones) a pesar de que el interés del concurso lo justifique.

En suma, a mi juicio, se trataría de una modificación “ultra vires”, en cuanto excede de los límites de la delegación conferida para llevar a cabo la refundición, que, según la doctrina de nuestro TC, autoriza a los tribunales ordinarios para su inaplicación (tal y como se ha entendido ya por algunos tribunales en relación a la exoneración de pasivo por entender que el TR incurre en la misma extralimitación). Quizás de haberse llevado a cabo alguna modificación dentro de los límites conferidos para la refundición (que no puede incluir “modificaciones de fondo”), se podría haber explicitado el carácter excepcional de la facultad de resolver en interés del concurso en el caso del leasing y, en su caso, añadir que para dicho contrato tal facultad procederá con independencia de que existan o no obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes (para salir al paso de las sentencias del TS en las que como mero *obiter dictum* se dice lo contrario), en lugar de utilizar dicha excepción como argumento interpretativo para abrir la resolución en interés del concurso a todo tipo de contratos.

2. Tramitación de dicha resolución

Como tiene declarado la jurisprudencia, la resolución en interés del concurso no se articula como un derecho dispositivo atribuido por la ley a una de las partes (concurado o administración concursal) sino como “una decisión judicial en ausencia de acuerdo entre las partes”. Se señala en este sentido que “el interés del concurso” se refiere a lo que mejor convengan a la finalidad perseguida con el concurso, “que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concurso”, como señala la STS de 10 de noviembre de 2016 (res. 660/2016).

En aras a facilitar el acuerdo la Ley concursal contemplaba la celebración de una comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia con el fin de que si existía acuerdo el juez declarase resuelto el contrato, comparecencia que, dada la redacción de la norma, parecía que debía celebrarse con carácter preceptivo (cfr. art. 61.2.2º). El TRLC, con buen criterio, establece ahora que dicha comparecencia tiene carácter facultativo y debe solicitarse ante dicho Letrado antes de la presentación de la demanda (art. 165.2 TRLC), para evitar el absurdo de que tenga que celebrarse la comparecencia cuando no hay visos de alcanzar ningún acuerdo.

⁶ Bajo la vigencia de la Ley concursal, la facultad de resolución de este contrato no encontraba amparo legal, debido a que la remisión que hacía el artículo 16.2 de la citada Ley 7/2011, de 11 de abril, se hacía únicamente a lo establecido “en el primer párrafo del artículo 61.2” y a que no se trataba de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes.

3. Consecuencias de la resolución judicial. Indemnización de daños y perjuicios

El apartado 3 artículo 165 TRLC regula la resolución judicial del contrato ante la falta de acuerdo de las partes con el único matiz, respecto de lo establecido en la LC, de referirse de manera expresa a la “demanda de resolución”. Por lo demás, se regulan en los mismos términos las consecuencias derivadas de la resolución, a cuyos efectos se prevé que el juez acuerde, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización de daños y perjuicios causados por la resolución. A estos últimos efectos, la Sala 1ª ha señalado que la indemnización de daños y perjuicios con cargo a la masa “no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato”, sino que es necesario valorar si efectivamente aquellos se han producido (vid. sentencia 189/2016, de 18 de marzo de 2016, y sentencia 4841/2016, de 10 de noviembre de 2016).

V. REHABILITACIÓN DE CONTRATOS

1. Extensión de la facultad de rehabilitación a todos los contratos de financiación

Respecto de la rehabilitación de contratos, el cambio más importante reside en que el artículo 166 del TR hace extensiva la posibilidad de rehabilitación a todos los contratos de financiación, ampliando así el ámbito de aplicación de esta facultad, que en la Ley concursal sólo se establecía, de manera específica, para los contratos de préstamo y demás de crédito ex art. 68. Como es sabido, bajo su vigencia se discutía si este precepto era aplicable a contratos no expresamente previstos, como el de leasing; un sector de la doctrina se mostraba a favor de una interpretación amplia favorable a su inclusión atendiendo al interés del concurso, que es la que parece acoger el TRLC.

A la hora de determinar qué debe entenderse por contratos de financiación puede ofrecer una pista los que como tales se regulan en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil, en el que, según su Exposición de Motivos, se regulan como contratos bancarios aquellos contratos que realizan usualmente las entidades de crédito en el ejercicio de la actividad que les es propia. Sobre esta base, se dicen recoger en un solo Título aquellos contratos que tienen el dinero como “objeto directo” del contrato, aunque sea una explicación o definición en la que no encaja muy bien algunos contratos, como el de leasing, en los que el financiador más que aportar directamente dinero, sufraga el coste del bien cuyo uso se cede.

En todo caso, los contratos de financiación podrán ser rehabilitados siempre que se de el presupuesto básico del precepto, que es el vencimiento anticipado, y la exigencia de cuotas por impago producido en los tres meses anteriores a la declaración de concurso, y se den los requisitos previstos en la norma ex art. 166 TRLC (los mismos que preveía el artículo 68 TRLC).

Sobre esta base, sería cuestionable si en el caso concreto del leasing sería aplicable la rehabilitación en el supuesto de que el arrendador hubiese optado por la resolución del bien dentro del mismo periodo, en lugar de la exigencia de cuotas al amparo del artículo 167 TRLC. A mi juicio, aunque dicha rehabilitación pudiera ser de interés para el concurso, y pudiera pensarse en justificar en dicho interés una interpretación amplia, técnicamente, el leasing no es un “contrato de adquisición”, por mucho que desde un punto de vista práctico esté orientado a adquirir la propiedad del bien, y dicha posibilidad está prevista de manera en su regulación; en este sentido, es sabido que la jurisprudencia lo configura mayoritariamente como un contrato de complejo de “cesión de uso” con opción de compra. Cosa distinta es que

se den los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción específica que permite al arrendador financiero la recuperación de los bienes dentro del concurso, en cuyo caso el ejercicio de la misma quedará sujeta a los plazos y requisitos que prescribe la ley (cfr. art. 150 TRLC de conformidad con el párrafo 2º del art. 56.1 LC).

2. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos

El apartado 2 del 168 TRLC completa el régimen de ejercicio de la facultad de enervar el desahucio ejercitada contra el deudor antes de la declaración de concurso, siguiendo el esquema de los dos artículos anteriores, añadiendo que dicha facultad deberá notificarse por la administración concursal con previo o simultáneo pago con cargo a la masa de los conceptos legales (168.2)

Por su parte, el apartado 3 de dicho precepto explicita que el ejercicio de los derechos a que se refiere este artículo se podrá realizar aunque el arrendatario ya hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior (se elimina la remisión -incongruente- al último párrafo 22 de la LEC).

LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO, EJE DEL SISTEMA REGISTRAL

Alicia Sánchez Sánchez.
Magistrada-encargada
Registro Civil-Bilbao

Martín Corera Izu
Letrado Admón. de Justicia
Profesor Master Abogacía UPNA
Especialista en Derecho Registral

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2020
Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2020

RESUMEN: Los autores del presente opúsculo pretendemos, ante, por fin, la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil, ofrecer una visión de la misma. Su nuevo modelo organizativo y sus principios de funcionamiento. El modelo registral que disponemos en la actualidad es un modelo acabado. Por ello, modernizar el Registro Civil, debe ser una auténtica prioridad del Gobierno. Y la propuesta registral que nos hace la LRC 2011 es tan necesaria como rompedora. La LRC 2011 nos propone un Registro Civil “de” y “para” las personas. Por eso es que, por fin, se supera el criterio decimonónico de la territorialidad. Dispondremos de un Registro Civil único para todo el país. Informatizado y accesible electrónicamente. Como en los países de nuestro entorno, el nuevo modelo registral estará, después de más de 150 años, desjudicializado. Pero, de todas las novedades, queremos destacar la que es el objeto fundamental del trabajo. El asiento de nacimiento. Todo el andamiaje del sistema registral español se asentará en la creación de un “registro individual para cada persona”. Todos los hechos y actos que afecten a su estado civil constarán, de forma sucesiva y cronológica, en ese registro individual. Se acabó la dispersión de datos y se suprime la división del Registro Civil en Secciones. Ya solo falta echar a andar...

ABSTRACT: The authors of the present work intend, before, finally, the entry into force of the Civil Registry Law, to offer a vision of it. Its new organizational model and its operating principles. The registry model that we currently have is a finished model. For this reason, modernizing the Civil Registry must be a true priority of the Government. And the registration proposal made by the CRL 2011 is as necessary as it is groundbreaking. The CRL 2011 proposes a Civil Registry “of” and “for” people. That is why, finally, the nineteenth-century criterion of territoriality is exceeded. We will have a single Civil Registry for the entire country. Computerized and electronically accessible. As in all neighboring countries, the new registry model will be, after more than 150 years, out of court. But, of all the novelties, we want highlight the one that is the fundamental object of this work. The seat of birth. All the scaffolding of the Spanish registry system will be based on the creation of an “individual registry for each person”. All the facts and acts that affect your marital status will appear, successively and chronologically, in that individual record. The dispersal of data is over and the division of the Civil Registry into Sections is abolished. Now we just need to get going...

PALABRAS CLAVE: Nueva Ley del Registro Civil. Asiento de nacimiento. Registro individual de cada persona.

KEYWORDS: New Civil Registry Law. Birth seat. Individual registration of each person.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Íter de la “vacatio legis” de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. III.- Caracteres y principios de funcionamiento de la Ley del Registro Civil 2011. III.1: Principios de funcionamiento. III.2: Novedades de la Ley 20/2011. Características. III.3: Nueva estructura del Registro Civil. IV.- El asiento de nacimiento en la nueva Ley Registral. IV.1: Registro individual de cada persona. Seguridad Jurídica. IV.2: Inscripción de nacimiento y adquisición de la personalidad. IV.3: Constancia registral de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación. Precisión terminológica. Otorgar nombre. Seguridad en la identidad de los nacidos. “Niños robados”. IV.4: Inscripción de nacimiento y filiación. Comunicación desde los Centros sanitarios. Libro de Familia. IV.5: Elección del nombre del recién nacido. Libertad de los progenitores. La dignidad de la persona. Protección del menor. IV.6: Atribución de apellidos. Orden de los mismos. No prevalencia del paterno. Interés Superior del Menor. Duplicidad de apellidos. Duplicidad de líneas. V.- Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

La nueva Ley del Registro Civil, la Ley 20/2011, de 21 de julio¹, nos ofrece, entre sus muchas novedades, la configuración de un asiento de nacimiento que en nada se parece al que conocemos en la actualidad. La LRC 2011 crea un modelo radicalmente distinto del actual, basado en hechos, priorizando el historial de cada individuo. La finalidad es conseguir pasar de un registro de hechos a un registro de personas. Y consigue, entendemos, el doble objetivo de cualquier reforma legislativa. Por un lado, el servicio a los ciudadanos. Por otro, el servicio a los intereses públicos y generales.

No sin razón, en los debates parlamentarios, en el ya lejano mayo del año 2011, se dijo que la nueva configuración del Registro Civil “constituye una revolución, un giro copernicano”. Así es.

Antes de entrar en lo que propiamente es el asiento de nacimiento y el papel central que en la LRC 2011 tiene el mismo, es preciso, es necesario, que analicemos las principales novedades que la nueva normativa aporta a nuestro caduco sistema registral y los principios inspiradores de su funcionamiento.

Sin ambages de ningún tipo hemos de manifestar que el nuevo texto registral, aprobado y publicado ya hace casi diez años, con una mínima parte en vigor y en su mayor parte en situación de vacatio legis, nos propone un modelo registral absolutamente rompedor y necesario. Una Ley magnífica. Conoce en profundidad la realidad registral y se adapta a las nuevas circunstancias sociales, culturales, territoriales, políticas y tecnológicas existentes en la sociedad española del siglo XXI. Una norma que se aprobó por consenso en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados y prácticamente por unanimidad de las formaciones políticas mayoritarias de la Cámara. Por eso, y desde aquí, nuestro reconocimiento a los impulsores de la Ley, los ministros de Justicia Fernando López Aguilar y Francisco Caamaño. Y, de verdad, no resultaba una empresa sencilla. Ni muchísimo menos.

El modelo registral con el que nos desenvolvemos en la actualidad es un modelo, como hemos señalado, absolutamente acabado. En consecuencia, y lo decimos desde un convencimiento absoluto, modernizar el Registro Civil debiera ser una verdadera prioridad del Gobierno. La organización del actual Registro Civil no responde ni a la realidad del país ni a las necesidades de los ciudadanos. Al disponer en la actualidad de una institución registral donde lo que prima es la constatación territorial de los hechos concernientes a las personas hace que los datos registrales de las mismas estén dispersos en distintos Registros

¹ “BOE” núm. 175, de 22 de julio de 2011.

municipales, manejados por diversas personas y en diferentes ubicaciones. Esta sistemática, estaremos de acuerdo, no resulta operativa ni efectiva².

Son las deficiencias que presenta el criterio de la territorialidad. Modelo imperante desde que esta Institución nace en España por Ley de 17 de junio de 1870 --calificada de provisional--, y que, 150 años después, tenemos en uso. El criterio de la territorialidad para practicar la inscripción, me refiero. El modelo de 1870 se proyectó a la vigente Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957: “Los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen”, y ello, independientemente del domicilio que tengan los afectados (Art. 16.1 LRC 1957). Es el denominado principio de pluralidad de secciones registrales, que lleva consigo, claro, la dispersión en distintos folios de los asientos referidos a una misma persona. Nos podemos preguntar retóricamente, ¿resulta operativa esta dinámica registral? Pues por donde quiera que la enfoquemos, su inoperatividad resulta evidente. Obligar a una persona que quiera acceder a información registral a peregrinar de oficina registral en oficina registral por todo el país, pues, pensamos y lo constatamos en el día a día registral, no resulta de lo más emocionante. Creemos.

Una sistemática registral decimonónica cuyo origen se justifica en que los Ayuntamientos ya están creados y se trataba de que los ciudadanos tuvieran el local donde practicar la inscripción lo más próximo posible a su residencia. Así, la implantación de los Registros Civiles en sustitución de los registros canónicos, se garantizaba el éxito del cambio de modelo. Facilitar a los ciudadanos el que se practicasen las inscripciones de nacimiento, de matrimonio y de defunción. Es una de las consecuencias de la secularización de las instituciones que trajo la Revolución Francesa. Entre otras, claro.

Pero hay más. Queremos reconocer de forma expresa el enorme mérito de la LRC 1957, con una indudable y magnífica técnica legislativa, haciendo un desmedido esfuerzo de adaptación a las transformaciones de todo tipo que se han producido en la sociedad española de finales del siglo pasado y en el actual. Empero, la falta de unidad orgánica y, sobre todo, lo espeso de la legislación que se pretende derogar --comprensiva de centenares de disposiciones de todo rango-- constituyen argumentos más que suficientes para justificar la reforma llevada a cabo por la LRC 2011.

Con todo, el hecho diferencial en la construcción del Estado social y democrático en nuestro país es la **Constitución Española de 1978 (CE)**. Es la norma que, a efectos legislativos y, por supuesto, políticos, marca un antes y un después en la percepción de los cambios de la sociedad española. Y ocurre que, tras más de cuarenta años, la norma registral que debía adaptarse a las nuevas realidades sociales y constitucionales aún la tenemos pendiente de entrar en vigor. Y, añadimos, es urgente su vigencia porque un Registro Civil coherente con la Constitución ha de asumir que las personas son su única razón de ser. Y así lo hace, como veremos, esta LRC 2011. Es más, avanza en incorporar, tanto la **Convención de los Derechos del Niño (CDN)** de 20 de noviembre de 1989³, como la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)**, de 13 de diciembre de 2006⁴, y que, de conformidad con el artículo 96 CE, forman ya parte de nuestro ordenamiento interno.

La protección de los menores (Art. 39 CE), de las personas con discapacidad (Art. 49 CE) y a las personas mayores (Art. 50 CE), las contempla la LRC 2011 como derechos de las personas ante el Registro Civil (Art. 11.i)). Y nos parece imprescindible atender y amparar los reconocimientos de estos colectivos especialmente vulnerables, especialmente débiles, y especialmente necesitados de protección y amparo.

² Ver artículo periodístico en el diario digital El Español: “Así se podrían haber contado bien los fallecidos del Covid-19”, de 21 Abril 2020.

³ Instrumento de Ratificación. “BOE” núm., de 31 Diciembre 1990.

⁴ Instrumento de Ratificación. “BOE” núm. 96, de 21 Abril 2008.

Por todo esto, y bastante más, urge que no haya otra *vacatio legis* y, por fin, de una vez por todas, entre en vigor de forma plena la LRC 2011 el 30 de junio de 2020. Ya conocemos, y nos conformamos, que será el 30 de abril de 2021.

II. ÍTER DE LA “VACATIO LEGIS” LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL.

Lo que describimos no crean que es una película de terror, aunque se le parezca. Desde la Constitución 1978 no se ha conocido un caso como el de esta Ley. Es un supuesto único en nuestra historia legislativa. Se trata de la Ley que acumula la mayor *vacatio* de cuantas se tengan noticia en el ordenamiento jurídico español. Vamos para diez años de su publicación y, con excepción parcial de algunos preceptos, aún sin haber estado operativos, ya han sido modificados “porque pone de manifiesto algunas carencias” (sic). Sin ir más lejos. La Proposición de Ley de 20 de septiembre de 2019, relativa a la modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁵. Propuesta de modificación, y ya lo decimos de paso, que desfigura totalmente la LRC 2011 y la haría incongruente e ineficaz. ¿Cómo, si no, puede entenderse que se mantengan los 431 registros civiles actuales en lugar de los 107 que se preveían en la nueva Ley? Eso significa eliminar de facto y de iure los objetivos de la Ley 20/2011.

Advertimos que lo que les reseño a continuación se ajusta a la realidad y es un relato totalmente verídico.

En el propio Preámbulo de la Ley ya se dice que para permitir la progresiva puesta en marcha del nuevo modelo, la complejidad de la Ley y el cambio radical respecto al modelo anterior aconsejan “un extenso plazo de *vacatio legis*”. La DF 10ª LRC 2011 la fijó en tres años, si bien inicialmente se había previsto que la entrada en vigor de la misma fuera a los dos años de su funcionamiento.

El Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, aplazó la vigencia al 15 de julio de 2015. Fue ésta una norma especialmente dañina para los operadores registrales ya que, en su D.A. 21ª, “Llevanza del Registro Civil”, atribuía el Registro Civil a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y ello sumió el nuevo sistema registral que se pretende implantar en una grave crisis de confianza, de incerteza y, en definitiva, provocó lo peor que puede esperar un operador jurídico, la inseguridad jurídica, el no saber a qué atenerse.

La Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma del Registro Civil⁶, señala que la LRC 2011 entrará en vigor el 30 de junio de 2017. Además, muy importante, deroga, entre otras, la disposición adicional vigesimoprimeras que hemos citado y que causaba, además de incertidumbre, incredulidad.

La Ley 4/2017, de 28 de junio⁷, en la nueva prórroga, fija la entrada en vigor de la LRC 2011 para el 30 de junio de 2018.

Por último, la Ley 5/2018, de 11 de junio⁸, es la que fija la última prórroga de la *vacatio legis* al “**30 de junio de 2020**”. ¿Será la definitiva? Debiera ser.

Justo elaborando este opúsculo, se publica el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y administrativas para hacer frente al COVID-19⁹, y en su Disposición final segunda amplía la *vacatio legis* de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, hasta el “**30 de abril de 2021**”. Justifica la prórroga en la actual coyuntura de pandemia que impide abordar en estos momentos el cambio organizativo y de funcionamiento que requiere

⁵ 122/000047. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Grupo Parlamentario Popular.

⁶ “BOE” núm. 167, de 14 Julio 2015.

⁷ “BOE” núm. 154, de 29 Junio 2017.

⁸ “BOE” núm. 142, de 12 Junio 2018, en relación a la ocupación ilegal de viviendas.

⁹ “BOE” núm.119, de 29 Abril 2020.

la puesta en marcha de la nueva Ley. En el párrafo anterior nos planteábamos si la quinta prórroga sería la definitiva. Ya vemos que no. Pero, en esta ocasión, ante las circunstancias extraordinarias y excepcionales que ha ocasionado el COVID-19, lo entendemos. Ahora bien, nos volvemos a preguntar, como en los supuestos de prórroga anteriores, si esta, de momento, última prórroga, será o no la definitiva. Pues, creemos, intuimos, que el hecho de fijar la fecha en “abril” y no en “junio”, esto es, no una prórroga anual o bianual, pudiera ser una dato positivo e indicativo de que, sí, el próximo “30 de abril de 2021” sea la definitiva.

En todos los supuestos que hemos reflejado los argumentos justificativos de las prórrogas siempre son los mismos: “Evitar disfunciones en el tratamiento registral”, “implementación de la nueva estructura organizativa”, “evitar disfunciones en el tratamiento de la información registral”, “la complejidad de la Ley y el cambio radical respecto al modelo anterior han dificultado su implantación”, etcétera. Se repiten una y otra vez. ¿Entienden ahora aquello comentado de que esta LRC 2011 es un caso único del ordenamiento jurídico español?

Es desolador decirlo pero es la realidad: Esta Ley solo conoce o solo ha vivido prórrogas. Empero, mala, pero que muy mala, conciencia debe tener el legislador cuando reconoce de forma expresa en la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁰, la influencia que la Ley de Registro Civil de 2011 tiene en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto si bien la misma no ha entrado en vigor, y por tanto sus normas no son directamente aplicables, sí se puede inducir de ella unos principios jurídicos que, en cuanto afectan a los derechos más profundos de la personalidad, “deben considerarse vigentes como informadores de nuestro ordenamiento y por tanto de la interpretación de las normas que se encuentran actualmente en vigor” (sic). Camino éste señalado tanto por el Tribunal Constitucional¹¹ como por el Tribunal Supremo, Sala Primera¹². Lo comprobaremos después.

Pero, el realizar aplazamiento tras aplazamiento, no sale gratis, claro. El resultado es que en el momento presente el panorama legislativo del Registro Civil se caracteriza hoy por la complejidad, la falta de unidad orgánica y la incerteza, con el consiguiente quebranto de la seguridad jurídica. Los aplazamientos sucesivos nos han conducido a la incertidumbre y, lo que es peor, a una crisis en la confianza del modelo registral propuesto por la LRC 2011.

III. CARACTERES Y PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL.

Los principios de funcionamiento del Registro Civil, las directrices fundamentales en las que se inspira la ordenación registral, los regula la LRC 2011 en sus artículos 13 y siguientes. Delimitan la eficacia de los asientos registrales, en concreto, la inscripción (es lo que se denomina publicidad material: hacer constar en el Registro Civil los hechos de estado civil y su eficacia probatoria).

Siguiendo su mismo itinerario, los reflejamos someramente:

- Principio de legalidad (Art. 13 LRC 2011). Es un principio fundamental. Supone la garantía de la exactitud registral. Toda la actividad registral se debe someter a lo que disponga la reglamentación legal. De ahí la obligación del Encargado de examinar la legalidad y exactitud de los hechos y actos cuya inscripción se solicite.
- Principio de oficialidad (Art. 14). Frente al principio de rogación que rige en el Derecho Registral Inmobiliario, está el principio de oficialidad que impera en el Derecho Registral Civil. La inscripción en el Registro Civil tiene el carácter de obligatorio. El Encargado practica la inscripción cuando tiene en su poder el título

¹⁰ “BOE” núm. 257, de 24 Octubre 2018. Sobre cambio de nombre en el R^oC de personas transexuales.

¹¹ STC, Sala segunda, 167/2013 de 7 octubre (RTC 2013, 167).

¹² Sentencia Tribunal Supremo, Sala I, de Pleno 659/2016, 10 noviembre (RJ 2016, 5463).

- necesario. De ahí que se fijen las personas físicas y jurídicas y los organismos e instituciones públicas que tienen la obligación de promover la inscripción.
- Principio de publicidad (Arts. 15 y 80 y ss). Es la posibilidad del libre acceso de los ciudadanos a los datos de su registro individual. Es lo que denominamos publicidad formal. Si se quieren los datos de persona distinta, constará quién lo solicita y la acreditación de existir interés legítimo. Es una regulación de muchas más garantías que la actual en cuanto a la protección de los datos (Arts. 6 LRC 1957 y 17 RRC 1958).
 - Principio de exactitud registral (Art. 16). El objetivo de todo Registro Público es conseguir que el Registro refleje exactamente la realidad. Está en íntima relación con el principio de legalidad y supone la situación idílica de la concordancia entre lo inscrito y la realidad extrarregistral. Para el caso de discordancia y falta de concordancia entre el registro y la realidad jurídica ya están las rectificaciones o cancelaciones en la forma prevista por la ley.
 - Principio de eficacia probatoria o de legitimación (Art. 17). La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos. Los hechos inscritos gozan de una presunción de exactitud y legalidad. Es esta presunción de exactitud lo que determina y fundamenta que el Registro Civil constituya la prueba de los hechos inscritos (Art. 17.1 LRC 2011 y Art. 2 LRC 1957). De ahí que las inscripciones son medios de prueba privilegiada del Registro Civil, y excluyente de otro medio de prueba, pero no constituyen el único medio de prueba, prueba exclusiva, en los casos de falta de inscripción.
 - Principio de eficacia constitutiva de la inscripción (Art. 18). La inscripción en el Registro Civil solo tendrá eficacia constitutiva en los casos previstos en la Ley. Así, por ejemplo, cuando el artículo 57 LRC 2011 dice que el cambio de nombre y apellidos se inscribirá en el registro individual del interesado y que dicha inscripción tiene carácter constitutivo, ello significa que, si el cambio acordado no ha tenido el reflejo registral oportuno, no tendrá eficacia.
 - Principio de integridad. Principio de inoponibilidad (Art. 19). Respecto de los actos y hechos inscritos, el contenido del Registro se presume íntegro. No significa que lo no inscrito sea inexistente. Por eso están previstas las declaraciones con valor de simple presunción (Art. 92 LRC 2011 y 96 LRC 1957), que dan lugar a una anotación que tiene la consideración de una presunción legal *iuris tantum*. Y ello, aunque no tenga el valor probatorio que proporciona la inscripción, no es poco.

Sobre las características novedosas que presenta la LRC 2011 reflejaremos unas pinceladas que nos permitan visualizar de forma y manera resumida los objetivos de la misma:

La organización registral que tenemos en estos momentos en nuestro país, lo hemos dicho, necesita superar las actuales estructuras decimonónicas integradas en los Juzgados. Y, además, añadimos, exige hacerlo, y resulta necesario hacerlo, sin demora.

Es por ello que nos propone un nuevo modelo organizativo que se asienta sobre la existencia de una Oficina Central del Registro Civil y Oficinas Generales en cada Comunidad Autónoma (además de las Oficinas Consulares). Eso sí. Los Juzgados de Paz (D.A. 5ª LRC 2011), como los Ayuntamientos (Art. 20.3 LRC 2011), serán oficinas colaboradoras en materia registral. Y a nosotros este aspecto nos parece muy relevante y más en estos momentos. Ahora que tanto hablamos de la “España vaciada” es sustantivo el proporcionar al ciudadano un servicio de proximidad. Pueden y deben ser unos colaboradores muy eficaces. Lo han contrastado siempre. No olvidemos que en España hay dieciséis millones de personas que viven en localidades de menos de veinte mil habitantes. Concurren razones de edad o de inhabilidad tecnológica que obligan a las instituciones públicas a seguir utilizando servicios tradicionales. Tanto los Ayuntamientos como los Juzgados de Paz en el funcionamiento registral en nuestro país resultan imprescindibles.

Fue el ministro Caamaño, cuando hablaba de que las oficinas registrales en España funcionaban de manera aislada y autónoma, el que dijo aquello tan gráfico de que “son como 8.000 islas que, a pesar de que han dejado de compartir el olvido, todavía comparten la

soledad”. Pues bien. Intentemos que tanto los Ayuntamientos como los Juzgados de Paz, cuando ejerzan tareas registrales, ni estén olvidados ni se sientan abandonados.

Ya lo hemos dicho, o por lo menos, se nos intuye. Somos unos firmes y decididos defensores del modelo registral que propone la LRC 2011. Nos ganó para su causa desde que conocimos el Proyecto de Ley del Registro Civil (PLRC)¹³. El texto aprobado con el consenso de todos es una norma excelente y responde a la nueva realidad política, social y tecnológica de nuestro país. Un texto aceptado, y esto, creemos, lo podemos corroborar todos y cada uno de los que nos dedicamos a tareas registrales, desde el conocimiento preciso de la realidad registral.

La nueva estructura del Registro Civil, conforme a la Ley 20/2011, tiene unos asideros muy concretos: desjudicialización; registro para las personas y de las personas, no de hechos; Registro Civil único para toda España, informatizado y accesible electrónicamente. Eso sí, sin perder de vista las cuestiones competenciales en materia autonómica: utilización de lenguas cooficiales, Derechos civiles forales especiales y la coexistencia de la competencia estatal sobre Registro Civil y las de carácter ejecutivo que corresponden a las Comunidades Autónomas.

Después de someternos durante estos últimos años a un sainete de intentos privatizadores vergonzosos, que fue enmendado por el mismísimo Tribunal Constitucional, se consolida y confirma una obviedad: El Registro Civil es un registro público, integrado en la Administración de Justicia, y, además, gratuito. Ni puede ser de otra manera ni debe tener otra titularidad este servicio.

Este Registro electrónico está informatizado desde la doble perspectiva de la forma de su llevanza y organización (Art. 3.2), como en la forma de la publicidad formal (Arts. 80 y ss LRC 2011). Y es necesario poner en valor que el importantísimo esfuerzo público inversor, tanto para la informatización como para la digitalización de los asientos posteriores a 1950, está ya en gran medida realizado.

El que se contemple el modelo registral como un registro administrativo y desjudicializado no significa ello merma alguna del derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva, pues todos los actos del Registro Civil quedan sujetos al control judicial. Las decisiones adoptadas por los Encargados son recurribles ante la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁴, en el plazo de un mes (Art. 85.1). A su vez, las resoluciones y actos de esta DGRN, se pueden impugnar ante el Juzgado de Primera Instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 781 bis LEC¹⁵. Mismo procedimiento para rectificar judicialmente los asientos. Por tanto, las garantías registrales, procesales y jurídicas de los ciudadanos en sus relaciones registrales civiles están total y absolutamente garantizadas.

Lo preocupante está siendo los intentos de reformar la Ley del Registro Civil en una redefinición que no suponen si no volver al actual modelo caduco de la Ley 1957. La reforma que planteó el Grupo Parlamentario Popular¹⁶ de mantener el mismo número de Oficinas del Registro Civil que en la actualidad, o que los Letrados de la Administración de Justicia pasarán a ser los Encargados pero compatibilizando ese cargo con el de la oficina judicial, significa un cambio copernicano. “Cargarse”, si se nos permite la expresión, el modelo de la LRC 2011 y volver al modelo tan precario y acabado como el de 1957. Todo un despropósito.

La estructura organizativa que plantea la nueva Ley registral tiene presente a las Comunidades Autónomas (Art. 22.1: En cada CC.AA. se ubicará al menos una Oficina General del Registro Civil. En total, 107 oficinas, frente a las 431 actuales. Tantas como

¹³ Lo presentó a las Cortes la ministra Fernández de la Vega el 26/07/2010. BOCG de 08/09/2010.

¹⁴ Ahora bajo su nueva denominación de Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública (acrónimo, DGSJyFP).

¹⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁶ Proposición de Ley de modificación de la Ley del Registro Civil. N° de expediente 122/000002. 20 de diciembre de 2019. Vuelve el Grupo Popular, en la XIV Legislatura, a presentar la misma Proposición de Ley que la del 20 de septiembre de 2019.

partidos judiciales). Si seguimos, como en la actualidad, con toda esta red diseminada de oficinas, desvirtuamos el espíritu y la letra de la Ley 20/2011. El continuar con los 8.109 órganos registrales, que funcionan de manera aislada y autónoma, representa, entre otros aspectos, recortar las facultades de las Comunidades Autónomas. El que el Encargado no se dedique en exclusividad a las tareas registrales significa, a su vez, que lo alejará de la especialización y ello, precisamente, lo que no proporciona es seguridad jurídica. Una cosa lleva a la otra.

La exclusividad nos conduce a la especialización y ésta a la seguridad jurídica. Así de claro. Quiénes son, nos preguntamos de forma retórica, en la actualidad, los profesionales con mejor preparación, conocimientos y experiencia de todos los que están al servicio de la Administración del Estado en materia registral. Pues los Magistrados y Magistradas encargadas de los Registros Civiles de manera exclusiva. Sin duda. Y porqué es ello así, nos lo podemos volver a plantear. Pues porque están dedicados a las tareas registrales sin ninguna otra dedicación gubernativa, administrativa o jurisdiccional. Y ese es el modelo a seguir. Y lo que resulta pertinente.

IV. EL ASIENTO DE NACIMIENTO EN LA NUEVA LEY REGISTRAL.

La persona debe ser el eje central de todo sistema civil. Desde los libros de Registro parroquiales, impagable su servicio a la sociedad y al Estado, pasando al nacimiento en España de la institución registral por Ley de 17 de junio de 1870, aparecida a la sombra de la Constitución de 1869, que nació con el objeto de secularizar estos registros parroquiales y proclamó la libertad de cultos, y que tuvo un “carácter provisional de 88 años”. Así hasta llegar a la vigente LRC 1957.

En todas estas legislaciones registrales, la finalidad de las mismas es obtener un registro de la persona que sirva lo mejor posible a la seguridad jurídica y al interés general.

La LRC 2011 no podía ser menos. Además, tiene detrás el texto constitucional de 1978 que es el que sostiene todo nuestro andamiaje legislativo. Y es la CE 1978 la que sitúa a las personas y a sus derechos en el centro de la acción pública. Es por ello que, en el propio Preámbulo de la LRC 2011, el legislador ya presenta sus credenciales al reflejar que el modelo registral que pretende tiene presentes los valores consagrados en la CE 1978. Pero de todos estos valores, señala de forma expresa, la institución registral quiere y desea destacar que las personas --iguales en dignidad y derechos-- son su única razón de ser.

Y esta es, ni más ni menos, la razón de dejar atrás o abandonar el actual modelo registral de la constatación territorial de los hechos concernientes a las personas. Si queremos tener el objetivo de progresar hacia un modelo registral mucho más operativo y eficaz debemos avanzar en la operatividad y eficacia de la LRC 2011. Lo relevante del nuevo modelo es el historial de cada individuo. Como señalamos al comienzo: pasar de un registro de hechos a un registro de personas. Todo un avance. La persona en el centro de la acción pública. Así debe ser. Siempre.

IV.1. Registro individual de cada persona:

Por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una norma recoge un catálogo de derechos (Art. 11) y deberes (Art. 12) de las personas ante el Registro Civil. Sin lugar a dudas, la enumeración detallada que de los mismos hace la LRC 2011 es una de las principales novedades de esta Ley.

El primero de los derechos que menciona es, lógicamente, el de ser inscrito mediante la apertura de un registro individual y la asignación de un código personal.

No es baladí que esto sea así. La inscripción en el Registro Civil es el primer y uno de los principales factores de seguridad jurídica con que contamos los ciudadanos. Por eso, precisamente, el Registro Civil es una función básica del Estado. ¿Nos podemos imaginar, por un momento, en qué situación de especial vulnerabilidad se llegan a encontrar los menores no inscritos o países donde hay que pagar por registrarse? Pues su fragilidad es evidente. Por eso hablábamos de función básica del Estado. Porque es uno de los factores que marcan la diferencia entre los países civilizados y los que no lo son. Los primeros llevan el exacto registro y contabilidad de sus ciudadanos y siguen anotando los principales avatares de su vida. ¿Vale algo la vida en los países donde no se registra a los niños al nacer?

La constancia registral confiere seguridad y certeza en la vida civil e interesa a cada persona, al Estado y a los terceros. Por eso decíamos que la modernización del Registro Civil debe de ser una verdadera prioridad para el Gobierno. Y de ahí la importancia que tiene el que esta LRC 2011 eche a andar y resulte operativa con todas las consecuencias y cuanto antes.

El asiento de nacimiento en el Registro Civil viene a representar algo así como la columna vertebral sobre la que se asienta todo el edificio en el sistema registral español. En el modelo registral de la LRC 2011 la inscripción de nacimiento cobra un papel central.

También fue la aspiración de la LRC 1957 cuando quería concentrar en el acta de nacimiento los datos referentes al estado civil de cada persona de tal modo “que el folio de nacimiento resulte un cierto Registro particular de la persona”. Pero, claro, un anhelo totalmente ilusorio al chocar con el criterio de la territorialidad y reflejar los hechos que afectan al estado civil de una persona en asientos separados, de registros distintos y bajo la calificación y criterio de funcionarios registrales diferentes.

¿Cuál es el modelo que instaura la LRC 2011 que resulta tan atractivo e ilusionante? Pues, salvando las lógicas diferencias derivadas de su diferente naturaleza jurídica, adopta el modelo que el Registro de la Propiedad tiene en relación a los bienes inmuebles (Art. 243 LH¹⁷): Cada finca tiene su folio y cada inscripción o anotación posterior relativas a la misma finca se practican a continuación. ¿Qué ventaja tiene esta sistemática? Evidente. Acabas con la dispersión de datos referidos a la misma finca.

En consecuencia, cada persona tendrá su registro individual en el que, de forma continuada, sucesiva y cronológica, se inscribirán o anotarán, todos los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil o cualquier otra circunstancia prevista en la propia LRC 2011 que afecte a la persona en cuestión. Y ello desde el nacimiento hasta la defunción. De esta forma, se suprime el criterio de la territorialidad y superamos la división del Registro Civil en Secciones. Conseguimos el anhelo de sustituir el Registro de hechos por el Registro de personas. No es poco.

Así mismo, abierto este registro individual con la primera inscripción que se practique, se le asignará un código personal constituido por la secuencia alfanumérica (números, letras, caracteres de control, de puntuación, o símbolos específicos) que atribuya el sistema informático vigente para el DNI. Ello supondrá un grandísimo avance tanto para los ciudadanos, en cuanto a la agilización de trámites, como para la propia Administración, con la unificación de la identidad. Ese código personal, tras la inscripción de la defunción que cierra el registro individual, nunca ya podrá volver a ser asignado (Art. 62.4 LRC 2011).

IV.2. Inscripción de nacimiento y adquisición de la personalidad:

Una de las muchas sorpresas agradables que trae consigo la LRC 2011 es cuando su Disposición Final Tercera, para asombro general, nadie lo esperaba, reforma el artículo 30

¹⁷ Decreto de 8 de febrero de 1946. Última modificación: 16 de marzo de 2019.

del Código Civil¹⁸. Y, la verdad, no puede tener una redacción más acertada: La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. Además, el legislador estuvo listo y fino cuando no deja que el precepto entre en vigor al final de la *vacatio legis*. No. Acuerda que esta reforma del artículo 30 CC entre en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (DF 10^a). Es decir, la LRC 2011 se publicó el 22 de julio de 2011 y, en consecuencia, este precepto está vigente desde el 23 de julio de 2011.

Entendemos que la reforma no puede ser más acertada porque con la nueva redacción se establece con mayor precisión cuándo se adquiere la personalidad. De entrada, se ha obviado el término “feto” del artículo 30 CC, y se prescinde de los requisitos de la “figura humana” y el “vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. Esta peculiar regulación para adquirir capacidad jurídica deriva del CC 1889. Los requisitos ahora para adquirir la personalidad, para ostentar capacidad jurídica, serán nacer con vida y estar separado del seno materno.

Con ello conseguimos dos objetivos. Por un lado, alejarnos de la confusión. La precisión ahora es total para determinar cuándo, en qué momento, una persona física adquiere capacidad jurídica, la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones. Por otro lado, la nueva redacción nos equipara a las regulaciones de nuestro entorno político europeo en donde, por lo general, para adquirir la personalidad es suficiente el nacer con vida (Derechos alemán o italiano), o bien, nacer con vida y tener una aptitud normal vital, es decir, el criterio, no exento de polémica, de la viabilidad o idoneidad física (Código francés).

Por tanto, superamos una regulación anacrónica con unos requisitos, calificados por la doctrina, como “absurdos e inútiles”¹⁹, y nos adaptamos a una normativa internacional que forma parte de nuestro Derecho interno²⁰ (Art. 96 CE), como es el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad”. También, en nuestro país, el Derecho Civil especial de Cataluña se había adelantado a la reforma del artículo 30 CC con la regulación del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia²¹. En su artículo 211-1, Personalidad civil, ya dice que ésta es inherente a la persona física “desde su nacimiento”.

.IV.3: Constancia registral de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación²². “Niños robados”:

Ya hemos comentado que la reforma del artículo 30 CC ha supuesto una actualización terminológica al suprimir aquello de “se reputará nacido el feto...”. Sin duda, resultaba necesaria realizar esta supresión. El actual artículo 45 LRC 1957 habla de llevar un legajo para las criaturas abortivas “de más de ciento ochenta días de vida fetal”. El artículo 171 RRC 1958 dice que, por “criaturas abortivas” se entienden aquéllas que no reúnen las circunstancias exigidas para que un feto se reputa nacido a los efectos civiles. En consecuencia, está derivando a un artículo 30 CC que tenía una redacción diferente de la actual. Aquello de la figura humana y lo de las veinticuatro horas, junto a lo del feto, son ya unos anacronismos que era necesario superar.

Hay que reconocer la enorme carga emocional que encierra la cuestión de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación y, entendemos, respetando otras opiniones, que la LRC 2011 da una muy correcta respuesta jurídica a este aspecto que toca todas las

¹⁸ Enmienda nº 60 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado. BOCG. Senado, de 07/06/2011.

¹⁹ F. De Castro y Bravo. “Derecho Civil de España”. De Castro, una de las personalidades más conspicuas del Derecho Civil en España.

²⁰ “BOE” núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

²¹ Ley 25/2010, de 29 de julio. “BOE” núm. 203, de 10 agosto 2010.

²² Disposición Adicional Cuarta. Ley 20/2011, de 21 de julio.

fibras sensibles desde cualquier punto de vista. A la altura de una circunstancia tan delicada como emotiva está la Disposición Adicional Cuarta LRC 2011: “Constancia en el Registro Civil de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación”. Contrastamos que, y es lo adecuado, ya no hablamos de “legajos”, de “partes de abortos”, de “feto”, de “criaturas abortivas”.

Un ordenamiento jurídico decimonónico como el nuestro, además de su adaptación a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales, es necesario humanizarlo y actualizarlo terminológicamente. Está claro.

La LRC 2011 quiere que estos fallecimientos producidos después de seis meses de gestación y no cumplan las condiciones del artículo 30 CC (nacer con vida, salir del útero y corte del cordón umbilical), figuren en un archivo del propio Registro Civil. Eso sí. Este archivo no tendrá efectos jurídicos y para acceder a esta información, son datos de publicidad restringida (Art. 83 LRC 2011), solo lo podrán hacer los progenitores y los que, en su caso, acrediten interés legítimo y razón fundada para ello ante el Juez de Primera Instancia del domicilio del solicitante (Art. 84-2º). No perdamos de vista que esta circunstancia concede y reconoce derechos de paternidad y maternidad²³, por ejemplo.

Además, y siguiendo con el objetivo de humanizar nuestro ordenamiento registral, cabe la posibilidad de que los propios progenitores puedan otorgar un nombre en estos supuestos. Seguirá sin producir efectos jurídicos, es verdad, pero el aspecto afectivo de los progenitores de tener individualizado a su hijo, a su hija, en estas difíciles circunstancias puede, siquiera, aliviar mínimamente este doloroso momento. Hay que agradecer a unos padres persistentes que, lo que hoy es una realidad, es consecuencia de estos progenitores que lucharon denodadamente porque ello fuera posible. Tan es así que esta D.A. 4ª es conocida en el argot registral como la “Reforma Amanda”. “Amanda” era, justamente, el nombre que estos padres no pudieron poner a su hija porque cuando nació no cumplía los requisitos del artículo 30 CC. Plausible su lucha.

Esta Disposición Adicional no ha entrado en vigor. Pero, si se nos permite, en este punto, y así lo hacemos y practicamos, nos queremos acoger al criterio establecido por nuestro Tribunal Supremo²⁴, cuando dice que si bien la LRC 20/2011, de 21 de julio, su entrada en vigor está prevista, salvo no deseada séptima prórroga, para el 30 de abril de 2021, los principios informadores de la misma deben inspirar todas las resoluciones judiciales posteriores a su publicación. Criterio ya fijado por la Instrucción DGRN de 23 de octubre de 2018. En el mismo sentido está la STC 11/2016, de 1 febrero²⁵, cuando ampara a una madre a la que no se permitió incinerar los restos de su hijo no nacido. No hay precedentes en el TC sobre casos similares, pero sí hay sentencias del TEDH que reconocen que el derecho a disponer de los restos humanos para su enterramiento forma parte del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Y este derecho lo reconoce el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)²⁶.

En el quehacer diario de los Registros Civiles, los Encargados consideramos que la D.A. 4ª es aplicable desde el 23 de julio de 2011, al establecerlo así la Disposición Transitoria novena, según la cual, la mencionada D.A. resultará de aplicación también a todas aquellas defunciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor, siempre que así lo soliciten los progenitores en el plazo de dos años desde su publicación en el B.O.E.

Por último, en este tipo de fallecimientos, el legislador ha atendido a la alarma social causada por el **drama de los “niños robados”**, y proporcionando seguridad en la identidad de los nacidos, la Ley incide en la seguridad de identificación de los recién nacidos y la

²³ L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, “BOE” núm. 57, de 7 de marzo de 2019, de medidas urgentes para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

²⁴ Sala de lo Civil. Sección Pleno. Sentencia num. 659/2016 de 10 noviembre

²⁵ “BOE” núm. 57, de 7 marzo 2016.

²⁶ “BOE” núm. 108, de 6 mayo 1999.

determinación, sin género de dudas, de la relación entre la madre y el hijo, a través de la realización, en su caso, de las pruebas médicas, biométricas y analíticas necesarias. Es más. Para el supuesto de fallecimiento de los nacidos en los centros sanitarios tras los primeros seis meses de gestación, exige que el certificado de defunción aparezca firmado por dos facultativos. Recordemos que el certificado médico de la defunción que no conste la existencia de indicios de muerte violenta la firma un solo facultativo (Art. 64 LRC 2011).

Además, estos dos facultativos deberán afirmar, bajo su responsabilidad, que, del parto y, en su caso, de las pruebas realizadas con el material genético de la madre y el hijo, no se desprenden dudas de la relación materno filial. Estos datos formarán parte de la historia clínica²⁷ del recién nacido y se conservarán con las debidas medidas de seguridad. Es decir, todos estos supuestos que hemos conocido en los últimos tiempos respecto al “robo de niños” en maternidades y orfanatos, y la consiguiente y justificada alarma social que ello ha generado, con estos mecanismos de identificación establecidos habrán desaparecido (Art. 67.3 LRC 2011. Añadido por Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil²⁸).

Un breve inciso crítico en este punto de los facultativos es que, en toda la LRC 2011, no existe referencia alguna al **Médico Forense** adscrito al Registro Civil. Esperemos que haya sido una omisión que el correspondiente Reglamento subsane ya que la intervención de los mismos en actuaciones del Registro Civil resultan tan fundamentales como imprescindibles. No es momento de desgranar una a una todas esas funciones que desarrollan en asistencia sanitaria registral, pero, repetimos, sus actuaciones forenses resultan esenciales en apoyo de las resoluciones registrales.

IV.4: Inscripción de nacimiento y filiación

Ya hemos comentado que la LRC 2011 se encuentra en vigor en una mínima parte del total de 100 artículos que la comprenden.

Así mismo, para mayor perplejidad, algunos de los preceptos que ya están en vigor fueron modificados por leyes posteriores. Es justo el supuesto de la práctica de la inscripción de nacimiento. Los artículos que la regulan, 44 y ss LRC 2011, tuvieron nueva redacción por la ya citada Ley 19/2015, de 13 de julio, y los mismos, referidos exclusivamente a la inscripción de nacimiento y defunción, están en vigor desde el 15 de octubre de 2015.

Todo un baturrillo de circunstancias que no hacen si no causar, en primer lugar, perplejidad, y en segundo lugar, confusión. Ciertas previsiones de los artículos de la LRC 2011 que entraron en vigor el 15 de octubre de 2015 no son aplicables dado que se refieren al modelo de Registro Civil que en la misma se establece: no procede la apertura de registro individual, ni la asignación de código personal (Art. 44.3, párrf. in fine), ni la constancia en la inscripción de nacimiento de la realización de las pruebas biométricas (Art. 46). Bueno, es lo que de momento tenemos y con ello debemos trabajar.

La regulación de la inscripción de nacimiento resulta tan interesante como novedosa. Esto es cierto y la experiencia de este casi lustro de aplicación prueba y demuestra que su aplicación y reglamentación son todo un acierto. A ello ayudó, sin duda, y justo es reconocerlo, la Instrucción de 9 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios²⁹.

Lógicamente, la inscripción de nacimiento en el Registro Civil va unida a que se cumplan los requisitos previstos del artículo 30 CC, ya vistos. El nº 1 del artículo 44 LRC 2011 dice que “Son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el artículo

²⁷ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente.

²⁸ “BOE” núm. 167, de 14 julio 2015.

²⁹ “BOE” núm. 246, de 14 octubre 2015.

30 del Código Civil”. A partir de aquí, el objetivo es que la inscripción de los recién nacidos se realice desde los centros sanitarios. Los padres firman el formulario oficial de declaración al que se incorporará el parte facultativo acreditativo del nacimiento. Todos ellos se remiten telemáticamente, desde el centro sanitario, a la oficina correspondiente del Registro Civil.

Por tanto, como norma general y concurriendo circunstancias normales, no es necesario acudir personalmente a la Oficina del Registro Civil para realizar la inscripción del nacido. Todo en la línea de permitir al ciudadano tramitar sus peticiones a la Administración a través de medios telemáticos. Es el modelo registral “de” y “para” las personas. ¿Recuerdan el comentario que realizamos hablando de la estructura registral decimonónica? ¿Aquello de que el local donde se practicaba la inscripción, los Ayuntamientos, debían estar lo más próximo posible a las personas para facilitar las inscripciones?

Eso sí. Atendiendo al contenido sensible de la información que estamos manejando, el sistema registral debe ser especialmente celoso y riguroso en prestar un servicio que garantice la seguridad no solo del sistema, sino también de los datos, las comunicaciones y los servicios electrónicos, cumpliendo los requisitos y medidas de aplicación según la normativa de seguridad en vigor (L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal³⁰ y Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal³¹).

Esta sistemática de remisión electrónica del formulario oficial de declaración, debidamente cumplimentado por el centro sanitario, tiene vocación de universalidad. Ahora bien, hay ciertos supuestos, comprensibles, que quedan excluidos de la posibilidad de remisión desde Centros Sanitarios. En primer lugar, cuando se haya superado el plazo legal de setenta y dos horas desde el nacimiento (Art. 46 LRC 2011). En estos casos, y en los que el nacimiento se haya producido fuera de establecimiento sanitario, la solicitud de inscripción podrá formularse de forma presencial ante la Oficina del Registro Civil en el plazo de diez días siguientes al nacimiento (Art. 47). No obstante, este plazo podría llegar a los 30 días cuando se acredite justa causa conforme al artículo 166 del Reglamento del Registro Civil.

De igual forma, no puede efectuarse la comunicación del acto inscribible en aquellos supuestos que requieran declaración o expediente tramitado ante el Encargado del Registro Civil:

- Los nacimientos cuando la declaración sea contraria a la presunción de paternidad (Arts. 116 CC, 44.4.b) LRC 2011, y 184 RRC).
- Cuando alguno de los progenitores sea menor de edad, o tenga la capacidad modificada judicialmente (arts. 120 y 121 CC LJV en los arts. 23 a 26 atribuye la competencia al Juez de Primera Instancia).
- En el caso de ausencia, fallecimiento o incapacidad del padre, la madre o ambos (Arts. 120.1 y 122 CC).
- Cuando los dos progenitores sean extranjeros de distinta nacionalidad (Art. 219RRC).
- Cuando la madre haya renunciado al hijo (Arts. 44.4 y 45.3 LRC 2011).
- Cuando se pretenda inscribir como progenitores a dos mujeres no casadas legalmente (Art. 44.5 LRC 2011 y 7 LTRHA³²). En estos casos se podrá efectuar la comunicación únicamente respecto de la filiación correspondiente al progenitor gestante.
- En el supuesto de la doble inscripción matrimonial, la L 19/2015 permite que el consentimiento de la cónyuge de la madre gestante se pueda manifestar después del nacimiento del hijo (Art. 44.5 LRC 2011 y resoluciones DG NR 8-2-2017 y 23 de marzo de 2018, 31^a).

³⁰ BOE núm. 298, de 14 Diciembre 1999.

³¹ BOE núm. 17, de 19 Enero 2008.

³² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

El Registro Civil competente, una vez recibida y examinada la documentación, debe practicar, de modo inmediato y sin demora alguna, la inscripción de nacimiento si procede, y expedir y poner a disposición del declarante o declarantes la certificación literal de la inscripción de nacimiento (Art. 44.9).

Hay que dejar constancia de la importancia, una vez practicada la inscripción, que el legislador le está dando a la circunstancia de expedir y poner a disposición del declarante la certificación literal de nacimiento. La propia Instrucción de 15 de octubre de 2015 habla de la “gran relevancia” de este hecho y quiere que se haga llegar a los progenitores esta certificación bien por correo electrónico bien por correo postal. Lo importante es que dispongan de la misma.

La explicación de esta actuación de gran prevalencia para el legislador tiene su interpretación. La Disposición Transitoria 3ª LRC 2011 dice que a partir de la entrada en vigor de la Ley ya no se expedirán más Libros de Familia. Respecto a los ya expedidos, dice, se seguirán efectuando los asientos. Ahora, la Disposición Adicional 3ª de la Ley 19/2015, Actualización del Libro de Familia, da un paso más y señala que disponiendo de la certificación literal electrónica acreditativa del nacimiento, ya no será necesario actualizar el Libro de Familia. Ello está en la línea coherente de no ser necesario, como norma general, acudir personalmente a la oficina del Registro Civil.

Desde este opúsculo nos gustaría que el legislador reflexionase sobre la eliminación del **Libro de Familia** (LF³³). Nadie imagina el inmenso carácter simbólico y la enorme carga emocional que este documento tiene en la sociedad española. Es un poco como el punto final de la ceremonia de celebración del matrimonio. De concluir el proceso de la inscripción de nacimiento. El momento último del LF reflejando el fallecimiento de alguno de sus titulares. Representa muchísimos aspectos de nuestra sociedad. O así lo vemos.

IV.5. Elección del nombre del recién nacido:

En la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación (Art. 49.1 LRC 2011). A su vez, el artículo 50.2 dice que “Las personas son identificadas por su nombre y apellidos”. Con ello, el nuevo texto registral está configurando el nombre y los apellidos como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Es la función identificadora o individualizadora del nombre y apellidos.

Hemos utilizado con anterioridad el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴ para señalar la exigencia de inscribir al menor inmediatamente después de su nacimiento. Lo hemos hecho en relación con los nuevos requisitos que el artículo 30 CC exige para practicar la inscripción del nacido con vida. El mismo precepto de la Convención también señala que el niño “tendrá derecho desde que nace a un nombre”. A su vez, el artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁵, dice que “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”. Legislación ésta que responde a la consideración del nombre y apellidos como un derecho subjetivo de carácter privado vinculado a toda persona.

Esta redacción se ha trasladado, en los mismos términos, a la LRC 2011 (Art. 50) cuando dice que “Toda persona tiene derecho a un nombre desde su nacimiento”. Bueno, mejora la

³³ El LF fue creado por Ley de 15 de noviembre de 1915. Régimen de expedición: Consulta DGRN de 23 de octubre de 2003.

³⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

³⁵ Hecho en NY el 16 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de España en “BOE” núm. 103 de 30 abril 1977.

terminología porque en lugar de “niño” utiliza “persona”. También, en los Derechos ante el Registro Civil, el artículo 11.1.a) comienza por “El derecho a un nombre y a ser inscrito...”.

El criterio imperante para elegir un nombre es el de la **libertad de los progenitores para ello** (Art. 51 LRC 2011). Garantizar el derecho de las personas a la libre elección del nombre propio. Bueno, libertad absoluta entendemos que no puede existir. Todas las legislaciones tienen o disponen de algún tipo de límite, restricción o prohibición. Como queramos llamarle. La LRC 1957 hablaba de “prohibiciones” y la LRC 2011 habla de “limitaciones”. Un matiz terminológico, entendemos, importante. No es lo mismo prohibir que limitar. El margen de actuación es mucho mayor con la segunda acepción que con la primera.

La regulación del nombre ha estado sujeta en nuestro país a una evolución lógica con los tiempos y con la sociedad. El hecho cierto es que la ordenación jurídico-material del nombre se realiza a partir de la LRC 1957. Hasta entonces, más bien poco. La Orden de 14 de mayo de 1932 que limita el número de nombres a tres, que la LRC 1957 los reduce a dos simples y lo sigue manteniendo el artículo 51-1º LRC 2011: “No podrán consignarse más de dos nombres simples o uno compuesto”. La Orden de 18 de mayo de 1938 dispuso que los nombres propios de españoles deberán consignarse en castellano y que a los católicos debían imponérseles nombres contenidos en el Santoral Romano.

De aquí, damos un salto en el tiempo hasta la importante Ley 7/1977, de 4 de enero³⁶. Aún no tenemos Constitución ni nada que se le parezca y ya reconoce la libertad en la imposición de nombres, sin más límites que los exigidos “por el respeto a la dignidad de la propia persona”. Permite que se consignent los nombres en alguna de las Lenguas españolas o que se “sustituya”, dice, por su equivalente onomástico en cualquiera de las Lenguas españolas, y suprime la referencia al nombre impuesto en el bautismo. Recordamos que estamos en enero de 1977. Importante mes y año, se aprobó la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política.

La norma que sin duda marca el devenir sobre el criterio a seguir en cuanto a la admisibilidad o no de un nombre fue la **Circular de 2 de julio de 1980**, de la DGRN, sobre inscripción de nombres propios en el Registro Civil³⁷. Ya disponemos de la CE 1978 y de una nueva realidad social, cultural y política. En consecuencia, establece el principio general de la libertad de los padres para imponer al nacido el nombre que estimen conveniente. Es más, añade, los límites y prohibiciones contenidos en los artículos 54 LRC 1957 y 192 RRC 1958, han de ser interpretados restrictivamente. El único límite, dice, debe ser el respeto a la dignidad de la propia persona.

Después ya llegan reformas puntuales que insisten, sobre todo, en el principio de libertad que debe presidir esta materia. Así, por ejemplo, la Ley 20/1994, de 6 de julio³⁸, permite que se puedan consignar nombres extranjeros aunque tengan traducción al español. Otra reforma que alivió muchísimo las oficinas registrales, no olvidemos que el asunto de la designación del nombre es una cuestión muy emocional y si lo deniegas por inapropiado tienes que escuchar casi de todo, fue la que suprimió la prohibición de los diminutivos (“Paco”, “Kike”, “Ximo”, “Juantxo”). Se hizo a través de la Ley 3/2007, de 15 de marzo³⁹. Derogó la prohibición de inscribir como nombre propio los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad.

La última reforma es ajustada de la propia evolución de nuestra sociedad. A través de la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la DGRN, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales⁴⁰, se permite el cambio de nombre de mayores de edad siempre que el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al sexo solicitado, y

³⁶ “BOE” núm. 7, 8 Enero 1977.

³⁷ “BOE” núm. 161, de 5 Julio 1980.

³⁸ “BOE” núm. 161, de 7 Julio 1994.

³⁹ “BOE” núm. 65, de 16 Marzo 2007.

⁴⁰ “BOE” núm. 257, de 24 Octubre 2018.

que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil por no cumplir los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

En el caso de los menores de edad, los padres, conjuntamente, pueden solicitar la inscripción del cambio de nombre declarando que su hijo/a siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La Resolución, 1ª, de 22 de enero de 2019, tiene ocasión de aplicar esta Instrucción y autoriza a un menor el cambio de nombre, “Lucía”, el nombre inscrito, por el de “Gabriel”, el sexo varón que siente como propio. Muy interesante, resulta, el contenido de esta Resolución de la DGRN.

En la línea de adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales de los menores, el artículo 1.1. de la Ley 3/2007, que legitimaba a los mayores de edad para la rectificación registral del sexo, ha sido declarado inconstitucional. El pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia 99/2019, de 18 de julio, cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016, ha permitido cambiar la mención registral del sexo y nombre a los menores de edad con “suficiente madurez” y “que se encuentren en “situación estable de transexualidad “.

La LRC 2011 sigue el principio de libre elección del nombre propio. Como vemos, es la continuidad del criterio ya fijado de forma clara por el Centro Directivo en su Circular de 2 de julio de 1980. Claro que hay unas limitaciones, pero éstas “se interpretarán restrictivamente” (sic). Lo único que debemos tener claro en la admisibilidad o no de un nombre es que siempre debemos proteger al menor. De ahí que no se pueda imponer un nombre que sea contrario a la dignidad de la persona.

Puede parecer extraño, pero a veces los progenitores adoptan decisiones o elecciones irreflexivas o arbitrarias que pueden perjudicar al nacido por el carácter peyorativo o impropio del vocablo escogido. A diario vemos cómo padres no escolarizan a sus hijos, o se niegan a vacunarlos, o no quieren que les transfundan sangre cuando es necesario, o padres veganos que pueden causar a sus hijos problemas de desnutrición,...Pues frente a esas decisiones estamos las instituciones públicas para proteger y amparar al más vulnerable, al más débil, el menor. Y creemos que esta es la finalidad de la LRC 2011 al permitir la elección libre del nombre propio sin más limitación que la no posibilidad de imponer nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona.

Además, hemos de considerar los cambios introducidos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴¹. Desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario. Es decir, incorpora tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño⁴², sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Desde luego, el Centro Directivo, que, por cierto, ostenta la nueva denominación de Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJyFP)⁴³, siempre ha respaldado el criterio de que los padres tienen amplia libertad para escoger para sus hijos el nombre que estimen oportuno, no pudiendo ser rechazado el elegido más que cuando claramente incurra en alguna de las prohibiciones, las cuales han de ser, como decimos, restrictivamente interpretadas. De ahí que, por ejemplo, la Resolución, 3ª, de 14 de febrero de 2019, admite para varón el nombre de “Lur”, nombre apto para designar a personas de uno y otro sexo, pese a que aparece en la lista de Euskaltzaindia (Real Academia de la Lengua Vasca) como nombre femenino.

⁴¹ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. “BOE” núm. 175, de 23 de julio de 2015.

⁴² Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013.

⁴³ Renovación de la estructura del Mº de Justicia (Ver C. de Ministros de 28 de enero de 2020).

IV.6. Atribución de apellidos. Orden de los mismos. Principios Jurídicos rectores.

Si dejamos al margen la revolución que supone la LRC 2011 en cuanto nos propone un nuevo modelo registral tan adecuado como necesario, y concretamos los distintos hechos y actos inscribibles, a nuestro parecer, debemos estar especialmente orgullosos del paso adelante que la normativa registral propone en cuanto a la atribución de apellidos y, sobre todo, en relación al orden de transmisión del respectivo primer apellido antes de la inscripción registral. Y la mejor noticia al respecto es que esta es una materia que ya la tenemos en vigor y operativa desde el 30 de junio de 2017⁴⁴. Desde esta fecha también está vigente el artículo 53 LRC 2011, que permite solicitar la anteposición de la preposición “de” al primer apellido que fuera usualmente nombre propio o empezase por tal, así como las conjunciones “y” o “i” entre los apellidos.

La cuestión de cuál debe ser el primer apellido de una persona tiene su importancia. No podemos obviar, como dice nuestro TS, “la patente relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona”⁴⁵. Efectivamente, el primero de nuestros apellidos es el que nos singulariza e identifica frente a terceros y en nuestras relaciones con la Administración.

Si en cuanto a la filiación, la normativa registral elimina toda referencia a la no matrimonial, con plena equiparación a la matrimonial. No puede ya entenderse de otra forma. En lo concerniente al orden de los apellidos del recién nacido, y con el fin de avanzar en la igualdad de género, la LRC 2011 prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno y permite que ambos progenitores, de común acuerdo, sean los que decidan el orden de los apellidos.

Y, ¿cómo resuelve la nueva Ley registral el hecho de que los progenitores nada digan sobre los apellidos o exista desacuerdo entre ellos sobre el orden de los mismos? Una circunstancia nada infrecuente en las oficinas registrales, por otra parte. Pues el legislador, para solucionar esta cuestión, se deja de frivolidades que se propusieron en tramitación parlamentaria, tales como que el orden de los apellidos sea por sorteo, o por mero orden alfabético, que sea aleatorio, o que vaya en primer lugar aquel de los dos apellidos que sea menos frecuente. Son soluciones totalmente alejadas de la más mínima seriedad y rigor.

En contraposición a ello, entendemos, el legislador adopta el acertado criterio referido a que será el propio Encargado del Registro Civil quien acuerda el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor. A nuestro parecer, esta solución nos resulta la más correcta y la que mejor puede salvaguardar esta plena equiparación entre los apellidos paterno y materno y el orden de los mismos.

Ya sabemos que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, y como tal, señala nuestro TS, es un “concepto esencialmente controvertido” e introducido con la finalidad de ampliar los márgenes de ponderación judicial. Ahora bien, desde nuestra perspectiva, respecto a los menores, siempre creemos que hay que tener presente que el interés superior del menor debe ser considerado primordialmente en todas las decisiones que le afecten (Art. 3, Convenio Internacional de los Derechos del Niño). En consecuencia, pese a que en materia de imposición de apellidos la costumbre pesa lo suyo, siempre creemos que quien mejor va amparar y proteger al menor será siempre su madre. Por tanto, el que en estas situaciones controvertidas se anteponga el apellido materno al paterno consideramos que es lo procedente.

El artículo 44.2 LRC 2011 dice que la inscripción de nacimiento hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito. Los datos de identidad del nacido, y que deben constar en la inscripción de nacimiento, son el nombre

⁴⁴ Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. “BOE” núm. 154, de 29 de junio de 2017.

⁴⁵ STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia num. 93/2018 de 20 febrero. Pte.: Baena Ruiz. STS, Sala Primera, de 16 Mayo 2017.

que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación (Art. 49.1). En el propio formulario electrónico que remite el centro sanitario a la oficina registral para practicar la inscripción es donde deben figurar el nombre elegido para el recién nacido, el orden de sus apellidos y su filiación paterna.

La filiación determina los apellidos (Art. 49.2 LRC 2011). Si nos permiten una pequeña digresión al respecto de la filiación, nos gusta reflejar, como dice el maestro José Pere Raluy⁴⁶, que la filiación es una de las materias más complejas del Derecho Civil. No es que determine solo los apellidos, que también, determina hechos tan trascendentes y sustantivos como la potestad parental, los alimentos y los derechos sucesorios y comporta la asunción de responsabilidades parentales hacia los hijos menores y los demás efectos establecidos por las leyes.

La filiación paterna se hará constar en el momento de la inscripción del hijo. Si consta acreditado el matrimonio con la madre y resulta conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil, figurará éste como padre. Si no consta el matrimonio con la madre, el padre deberá manifestar su conformidad a la determinación de tal filiación (Art. 44.4.3º LRC 2011). En los supuestos de figurar en la declaración como padre persona distinta del marido o sea de aplicación la presunción legal prevista en el artículo 116 CC, se inscribe el nacimiento sólo con la filiación materna y la filiación paterna se determinará por expediente registral (Art. 44.4.párrf. in fine).

Dos aspectos debemos tener siempre presentes en materia de filiación a la hora de la práctica de la inscripción de nacimiento. El primero es que siempre, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España, se hará constar necesariamente la filiación materna. Esto es así incluso en el supuesto de que la madre renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. La segunda cuestión es que, en los supuestos de controversia, para hacer constar la filiación paterna, necesitaremos resolución judicial dictada conforme a lo previsto en los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁷.

Ello es lógico. Si en la nueva Ley registral los asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales (Art. 90 LRC 2011), y la tutela judicial efectiva está garantizada, cómo no van a estarlo las controversias que en materia de filiación se puedan plantear para permitir que, en forma y plazo legal, las personas legitimadas puedan, en su caso, acudir a ejercitar ante el órgano jurisdiccional competente las correspondientes acciones de reclamación o impugnación de filiación (Arts. 127 y ss CC).

La intrahistoria, si se nos permite la expresión, de que conste siempre en la inscripción de nacimiento la filiación materna, tiene su justificación en que, en nuestro país, la madre al dar a luz podía ocultar su identidad y, en consecuencia, registralmente, podía no reflejar la filiación materna. Aparecía como “filiación desconocida”. El TS⁴⁸ determinó que no podía depender de la madre la circunstancia registral de la maternidad ya que, en una hipotética colisión de intereses que pudiera producirse entre la madre que quiera ocultar su identidad tras el alumbramiento, y el derecho del menor a conocer su origen biológico, siempre primará el interés superior del menor para conocer y saber quién fue su madre. Nuevamente, volvemos a ese concepto jurídico indeterminado que es el interés superior del menor. Protección del mismo que, recordemos siempre, es primordial y prioritaria.

Esta referente sentencia del Supremo declaró la inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 167 del Reglamento del Registro Civil que permitía a la madre, por su sola voluntad, ocultar su identidad, lo que vulneraba, no solo el derecho fundamental del hijo a conocer su identidad biológica, también transgredía el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (los derechos del niño a preservar su

⁴⁶ Derecho del Registro Civil. Tomo I. Págs. 425 y siguientes. Pere Raluy, la personalidad más conspicua del Derecho Registral en nuestro país. Sin duda.

⁴⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero. “BOE” núm. 7 de 8 Enero 2000.

⁴⁸ STS (Sala Primera) 776/1999, de 21 de Septiembre.

identidad). Así es como se dictó la Orden de 10 de Noviembre de 1999, sobre cuestionario para la declaración de nacimiento al Registro Civil⁴⁹, que obligaba a recoger las huellas dactilares de la madre y reforzar, así la identidad biológica del nacido. Recoger las huellas dactilares del recién nacido se acordó por la Orden de 15 de noviembre de 1996⁵⁰.

Así mismo, esta sentencia hizo reflejar en norma legal⁵¹, por primera vez, el derecho de las personas adoptadas a conocer los datos que sobre sus orígenes biológicos obren en poder de las Entidades Públicas. Ya hemos comentado cómo para la LRC 2011 la seguridad en la identidad de los nacidos es una prioridad. Lo mismo que establecer de forma indubitada la relación de filiación materna. Además de las pruebas médicas y analíticas necesarias, en todo caso, se tomarán las dos huellas plantares del recién nacido junto a las huellas dactilares de la madre (Art. 46 LRC 2011).

Con carácter genérico diremos que son dos los **principios jurídicos rectores de nuestro Ordenamiento jurídico en materia de apellidos**⁵², el principio de la duplicidad de apellidos de los españoles y el principio de la duplicidad de líneas. El principio de que cada español ha de ser designado legalmente por dos apellidos es un principio de orden público. Como también resulta contrario a nuestro orden público la transmisión exclusiva de los dos apellidos por una sola de las líneas, sea la paterna o la materna.

Por tanto, nuestra legislación de apellidos está basada, además de en la regla de la duplicidad de apellidos, en el principio concurrente de duplicidad de líneas. ¿En qué momento se estableció normativamente esta sistemática en nuestro ordenamiento jurídico? Pues la verdad es que su origen está en los registros parroquiales y en una Ley no llegó hasta la LRC 1957 donde ya de manera explícita se establecía la prioridad del apellido paterno.

Fue el artículo 109 CC⁵³ quien consideró que era más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos. El “problema” es que si no se ejercitaba esta opción “regirá lo dispuesto en la Ley”. Y, ¿qué era lo dispuesto en la Ley? Pues que si la filiación estaba determinada por ambas líneas, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre. O sea, ante el no ejercicio de la opción descrita en este artículo 109 CC, el predominio de la línea paterna era total. Bien es cierto que, en ese momento, se consiguió un cierto equilibrio entre la autonomía de la voluntad de la pareja y la tradición familiar española. Y ello es justo reconocerlo.

En estas condiciones es como llegamos a la LRC 2011, y tal y como hemos manifestado, el texto legal, bajo el principio de igualdad reconocido en nuestra Constitución, tiene por objetivo avanzar en la igualdad de género y prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno consciente, como señala el TS, de la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de la persona. Así es como establece (Art. 49.2 LRC 2011) que en caso de desacuerdo o si nada dicen los progenitores, el Encargado del Registro Civil requerirá a éstos para que en plazo de tres días comuniquen este orden. ¿Qué no dicen nada o continúa el desacuerdo? Pues será el propio Encargado quien acuerda el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor. Y ya hemos descrito cómo interpretamos, en esta cuestión, la aplicación de proteger mejor al menor.

La problemática con la que nos encontrábamos era que esta disposición, por las sucesivas vacatio legis, no había entrado en vigor. Ya hemos manifestado que nuestro TS ha establecido que, si bien la LRC 2011 todavía no ha entrado en vigor, sus principios

⁴⁹ “BOE” núm. 280, 23 Noviembre 1999.

⁵⁰ “BOE” núm. 285, 26 Noviembre 1996.

⁵¹ Art. 12 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. “BOE” núm. 312, de 29 diciembre 2007.

⁵² Instrucción de 23 de mayo de 2007, DGRN, sobre apellidos. “BOE” núm. 159, de 4 julio 2007.

⁵³ Ley 40/1999, de 5 noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos. “BOE”, núm. 266, de 6 noviembre 1999.

informadores deben inspirar todas las resoluciones judiciales posteriores. Esto no es suficiente. Hace falta llegar hasta la Sala I del Supremo para obtener este resultado. Y ello es largo y costoso. Por eso la sorpresa llegó, como hemos dicho, con la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁵⁴, cuando dice que este precepto 49.2 LRC 2011, que regula la atribución de apellidos, entra en vigor el 30 de junio de 2017.

¿Qué ventajas, nos podemos preguntar, tiene el sistema español de duplicidad de apellidos y duplicidad de líneas? Pues, en principio, uno evidente. Que no habrá problemas en la identificación de nadie. Estos problemas existen en los países de un solo apellido y éste es siempre el paterno. No digamos nada del sistema de apellidos que rige en Islandia, por ejemplo. El apellido no se hereda de los padres, como ocurre en Europa, sino que se forma con el nombre del padre seguido de la palabra “hijo” (“sson”) o “hija” (“dottir”). De ahí que hayan creado una base de datos, solo escrita en islandés, el “Islendingabok”, que aporta información genealógica de todos los habitantes y residentes legales.

La segunda de las ventajas, transcendental para nosotros, es que siempre y en todo supuesto ha estado presente la filiación materna. Bien es verdad que detrás de la paterna. Cierto. Pero en todo momento la filiación materna se ha reflejado registralmente. Ponemos en valor esta afirmación porque en casi todos los países de nuestro entorno cultural y político (Francia, Alemania, Italia), en primer lugar, con el matrimonio, la mujer casada adquiriría o añadiría el apellido de su marido, y, en segundo lugar, el reflejo registral de la filiación de los hijos es, casi exclusivamente, el de la filiación paterna. En España, en todo momento, la mujer casada ha conservado sus apellidos y jamás ha existido disposición legal en que se obligue a la mujer a cambiar el apellido por el del marido. Si en este momento preguntamos quiénes son Michelle Lavaughn Robinson o Hillary-Diane Rodham o Amal Ramzi Alam Uddin, seguramente, pocos o muy pocos sabrían responder. Si a continuación añadimos “Obama” o “Clinton” o “Clooney”, todos o casi todos los reconocemos.

Es cierto, y ya lo manifestamos en su momento⁵⁵, que la igualdad a la hora de reflejar el orden de los apellidos resulta muy cuestionable. No es momento de extendernos en ello, pero sí denunciar que en el plazo máximo de 72 horas desde el nacimiento para rellenar el cuestionario sobre el nombre elegido para el nacido y el orden de los apellidos, la mujer se encuentra en una situación de evidente inferioridad respecto del padre. Ha realizado un extraordinario esfuerzo físico y se encuentra en un estado de agotamiento. Puede tener una depresión tras el parto. El nacimiento ha podido ser tras una cesárea que implica intervención quirúrgica con la anestesia correspondiente. Queremos decir que tanto la situación psicológica como la física del hombre y de la mujer no son las mismas. Y la igualdad, en esas circunstancias, no existe.

Como también resulta verdaderamente cuestionable, por sorprendente, la falta de neutralidad del propio cuestionario que la Administración facilita a los progenitores en los Centros sanitarios. No resulta de recibo que en la declaración firmada por los progenitores, en el formulario facilitado, la propia Administración diga que “en caso de alterar el orden habitual de los apellidos del recién nacido...”. Es decir, está avalando como normal, “habitual”, dice, que el apellido a utilizar en primer lugar sea el paterno, y lo raro o excepcional que resulta que el primer apellido sea el de la madre.

Bueno, son éstos unos aspectos que queremos denunciar como crítica constructiva y que, en consecuencia, deberían ser objeto de revisión en aras de esa necesaria, difícil y complicada igualdad real.

⁵⁴ “BOE”, núm. 154, de 29 junio 2017.

⁵⁵ Tribuna: “Igualdad formal, si. ¿Igualdad real?”. El Español, 7 marzo 2019.

V. CONCLUSIONES.

Ahora bien, pese a todo, ni queremos ni podemos concluir estas reflexiones sin manifestar que debemos tener esperanza en que este modelo registral que propone la LRC 2011 será una realidad definitiva, esperemos, el próximo 30 de Abril de 2021. Seguir con una nueva *vacatio legis*, la séptima, supondría un golpe muy duro para el modelo que nos propone la Ley 20/2011, de 21 de julio, y del que, difícilmente, creo, pudiera ya reponerse.

El objeto del presente opúsculo ha sido reflejar la importancia que el asiento de nacimiento tiene en la nueva Ley registral. La sustantividad del nuevo enfoque que la LRC 2011 le da al asiento de nacimiento es consecuencia, ni más ni menos, de que la persona vuelve a ser el eje y centro absoluto del nuevo sistema registral. A su vez, la perspectiva u objetivo que supone pasar de un registro de hechos a un registro de personas, deriva de la propia Constitución de 1978. Un Registro Civil coherente con la Constitución, recordamos haber mencionado. Las personas y sus derechos son el centro de la acción pública. Asumir que las personas, en la nueva dinámica registral, son su única razón de ser.

El asiento de nacimiento será el eje del sistema registral, como el título de este trabajo. Y ello porque este asiento aspira a ser el foco que iluminará este nuevo modelo que nos propone la LRC 2011. Abandonamos, por fin, la vieja preocupación por la constatación territorial de los hechos concernientes a las personas, sustituyéndola por un modelo radicalmente distinto que prioriza el historial de cada individuo. “Sólo” nos ha costado este cambio 150 años. Desde la Ley del Registro Civil de 1870 hasta el actual 2020. Creemos, con toda la ironía del mundo, claro, que en ese periodo de tiempo la sociedad española algo habrá cambiado.

La creación de un registro individual para cada persona en la que, desde la primera inscripción, se anoten o inscriban, de manera continuada, sucesiva y cronológica, todos los hechos y actos relativos a su estado civil, supone dar ese salto de 150 años para suprimir el tradicional sistema de división del Registro Civil en Secciones. Implica una organización del Registro Civil muchísimo más sencilla y operativa que la que padecemos en la actualidad.

Y supone, en definitiva, la necesidad de que este Registro Civil único para toda España, informatizado y accesible electrónicamente, sea una realidad este ya próximo 30 de Abril de 2021. Y es que, volvemos a lo dicho, modernizar el Registro Civil en nuestro país debiera ser una prioridad del Gobierno, pero..., bueno. Seguro que no hay otra *vacatio legis*. Seguro.

BLANQUEO DE DINERO, CORRUPCIÓN POLÍTICA Y RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

MONEY LAUNDERING, POLITICAL CORRUPTION AND ASSET RECOVERY

Daniel González Uriel

*Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 2 de La Seu d'Urgell
Profesor-tutor de los grados en Derecho y en Criminología en el centro UNED de La Seu d'Urgell,*

Fecha de recepción: 14 de octubre de 2020

Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2020

RESUMEN: En este artículo se analizan las relaciones entre los delitos de corrupción política y el blanqueo de dinero. Partimos de que existe una indefinición de las propias categorías conceptuales, como se constata al comprobar que no existe un concepto unívoco de “corrupción política”. A continuación, exponemos cómo es el ámbito relacional entre las prácticas corruptas y el lavado de bienes. Asumimos que es posible el concurso real entre ambas figuras, si bien, en ocasiones, la doble incriminación conlleva evidentes excesos punitivos. De esta manera, proponemos una serie de criterios de interpretación restrictiva del ámbito propio del blanqueo. Por último, finalizamos nuestro análisis con las principales críticas que se han formulado a la reforma del decomiso en el Código Penal español.

ABSTRACT: This paper analyzes the relationships between crimes of political corruption and money laundering. We start from the fact that there is a lack of definition of the conceptual categories themselves, as can be seen when verifying that there is no univocal concept of “political corruption”. Next, we expose what the relationship between corrupt practices and money laundering is like. We accept that a real concurrence between both figures is possible, although, on occasions, double incrimination entails evident punitive excesses. In this way, we propose a series of criteria for a restrictive interpretation of the field of money laundering. Finally, we end our analysis with the main criticisms that have been made of the confiscation reform in the Spanish Penal Code.

PALABRAS CLAVE: corrupción, corrupción política, corrupción pública, blanqueo de dinero, decomiso, criminalidad organizada.

KEYWORDS: corruption, political corruption, public corruption, money laundering, confiscation, organized crime.

SUMARIO: 1. Introducción y precisiones conceptuales. 2. Delitos relacionados con la corrupción política como antecedentes del blanqueo. 3. La recuperación de activos. 4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN Y PRECISIONES CONCEPTUALES

En este trabajo pretendemos poner de manifiesto la conexión que existe entre las infracciones penales ligadas a la corrupción política y el delito de blanqueo de dinero. En esencia, queremos colocar el foco de atención en la relación concursal que se da entre estas figuras delictivas, puesto que hemos apreciado que existe una perniciosa tendencia, de alcance supranacional, a extender indebidamente los contornos del delito de blanqueo de bienes, lo que se ha dado en llamar por algún reputado especialista como una “manifestación paradigmática del proceso de expansión del Derecho penal”. En síntesis, dicha expansión, de carácter global, se caracteriza por¹ la aparición de nuevos tipos penales, por la ampliación de los que ya existen, por la anticipación de la intervención del ordenamiento punitivo, por la reducción de las garantías y por el incremento de las penas. Este fenómeno ha tenido una gran influencia en los ordenamientos nacionales y ha propiciado que, en cada reforma legislativa, se amplíen de modo indebido los contornos del delito de lavado de activos, convirtiéndolo en una figura omnicomprensiva, desnaturalizando su contenido y su razón de ser. Gráficamente se ha dicho² que con los tipos penales sobre blanqueo de dinero pasa lo mismo que con el Big Bang y la creación del Universo: desde su aparición se han venido ampliando de modo incesante. Por ello, queremos proponer una serie de criterios de restricción, acordes con los principios penales básicos y, fundamentalmente, con el principio de legalidad. Una vez que afirmemos la posibilidad de castigo conjunto de estos delitos, y como una de las reacciones punitivas frente a ellos, expondremos el régimen general de recuperación de activos en España, así como las principales críticas que se han formulado.

Sin embargo, con carácter previo a analizar estas cuestiones, es preciso que hagamos unas breves referencias al marco conceptual del que partimos. En primer lugar, puesto que seguimos un orden secuencial, debemos abordar el fenómeno de la corrupción política desde la vertiente penal, en el sentido de que es posible que delitos ligados a ella operen como tipos base o antecedentes de un ulterior reciclaje de fondos. No obstante, nos encontramos con un primer obstáculo al constatar que no existe un concepto unívoco de corrupción. De este modo, se ha expresado que³ su inconcreción es un problema evidente y orillado, y que estamos ante un adjetivo que es común a muchas modalidades delictivas, pero que no es privativo de ningún grupo preciso, de ahí que se hagan continuas alusiones al vocablo, llevando a que se varíen sus interpretaciones y se vacíe de sentido, o que⁴ se ha desnaturalizado, puesto que “la etiqueta de corrupción se superpone a la realidad por razón de la condición del autor de los hechos”, En este sentido cabe destacar que la propia Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, carece de una definición del término “corrupción”, y que en ella se alude tanto a la corrupción pública como privada. En una primera aproximación doctrinal podemos referir que se han propuesto definiciones de corrupción que apelan a distintos parámetros⁵: a la moral, a los códigos legales, a la percepción de lo público, a la racionalidad económica o a las normas e instituciones transmitidas culturalmente.

¹ J.M. SILVA SÁNCHEZ, “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en M. ABEL SOUTO y N. SÁNCHEZ STEWART (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 131 y 133.

² M. ABEL SOUTO, “La expansión mundial del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Alemania, Ecuador, los Estados Unidos, México y el Perú”, *Administración & ciudadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 12, núm. 2, 2017, p. 242.

³ G. QUINTERO OLIVARES, “El blanqueo del tributo impagado”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 13, 2018, p. 29.

⁴ F.J. BOIX REIG, “La corrupción y la justicia penal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 115, núm. 3, 2016 (versión electrónica consultada en la base de datos de Aranzadi, sin numeración de páginas, sin perjuicio de que en la bibliografía se aluda al paginado en la versión en papel).

⁵ A.M. ARJONA TRUJILLO, “La corrupción política: una revisión de la literatura”, *Documentos de Trabajo. Series de Economía*, Julio, 02-14, 2002, pp. 5 y 6.

Por lo que hace a la corrupción política, destaca una definición sintética que la concibe como⁶ “el incumplimiento de una norma realizado por una persona que desarrolla una función pública, con la finalidad de obtener un beneficio, ya sea propio o de un colectivo, social o institucional”, además, se alerta de que es un fenómeno omnipresente y persistente, extenso e intenso. Si acudimos al Diccionario del Español Jurídico (DEJ) de la Real Academia Española (RAE), observamos que no contiene una entrada específica sobre corrupción política, sino que define la “corrupción pública” como “soborno de autoridad o funcionario público que acepta o solicita dádiva o regalo de un tercero a cambio de proporcionar a éste un beneficio o ventaja en el ámbito de las funciones que el sujeto activo desarrolla en la Administración pública”, lo que nos sitúa en la esfera de tipos delictivos concretos –significadamente, cohecho-, pero que carece de un alcance general.

En orden a proporcionar una caracterización del fenómeno del lavado de activos, tras haber anotado su carácter progresiva e irremediamente (por lo que parece) expansivo, podemos hacer nuestra una descripción analítica que lo concibe como⁷ “el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita, por lo que el delito tiende a conseguir que el sujeto obtenga un título jurídico, aparentemente legal, sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa”.

2. DELITOS RELACIONADOS CON LA CORRUPCIÓN POLÍTICA COMO ANTECEDENTES DEL BLANQUEO

Como hemos adelantado, uno de los problemas de partida con el que nos encontramos es con la ausencia de una definición unívoca de corrupción, puesto que dicho concepto no se concreta, en el ordenamiento español, en ninguna norma procesal ni sustantiva, aunque el Código Penal (CP) mencione el término en varios delitos⁸. Pese a ello, debemos tomar como referente la citada Convención de Nueva York, en cuyo Preámbulo se anotan, de modo expreso, las relaciones entre los delitos objeto de estudio, cuando enuncia “*Preocupados también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero, Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados*”. A su vez, en este instrumento se constata que la corrupción es un fenómeno transnacional, que requiere de un enfoque amplio y multidisciplinar, así como de la cooperación internacional, en orden a su prevención y represión. En el ámbito propio de la Unión Europea (UE), también existen instrumentos normativos que advierten de los riesgos que conlleva la corrupción. A título ejemplificativo podemos citar la *Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, cuyo considerando núm. 9 señala que los Estados miembros conceden una especial importancia a la lucha contra la corrupción, tanto pública como privada, puesto que “*en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido*”.

Debemos poner de relieve que, en los últimos años, para hacer frente al problema de la corrupción, en el ordenamiento jurídico español se han dictado una pluralidad de normas,

⁶ R.L. SORIANO DÍAZ, “La corrupción política: tipos, causas y remedios”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, p. 385.

⁷ R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Vademécum de Derecho Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 2018, p. 75.

⁸ A.M. RODRÍGUEZ TIRADO, “Ministerio Fiscal, investigación penal en delitos de corrupción económica y determinación de la competencia penal”, en J. SÁNCHEZ BERNAL y A.E. CARRILLO DEL TESO (coords.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 127.

tanto penales como extrapenales. Este fenómeno ha obedecido tanto a pulsiones internas como al cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas por España, en esencia, de la UE. Podemos aludir al campo de la transparencia y de la información, *v.gr.*, la *Ley 9/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, o aquellas que regulan los requisitos de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, *v.gr.*, la *Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los Partidos Políticos*. No obstante, como indicamos, también se ha acudido al remedio penal, por cuanto la preocupación por la lucha contra la corrupción se ha introducido en el CP, por lo que no se agota en las reglas sobre transparencia y control administrativo, sino que se han llevado a cabo reformas penales por las que se ha exasperado el régimen de algunos delitos ya existentes y se han incorporado tipos de nuevo cuño, como el delito de financiación ilegal de partidos políticos⁹. En efecto, en los últimos años nos encontramos en lo que podríamos denominar “la era de la transparencia en el sector público”, que se caracteriza, a grandes rasgos, por una exigencia de mayor visibilidad y fiscalización de la gestión de los asuntos públicos y, en especial, del empleo de los fondos públicos. Con el incremento de los canales de información –*mass* media y redes sociales-, y ante el incremento de noticias sobre corrupción política, ha surgido una poderosa línea de opinión pública crítica, con un mayor interés por la fiscalización de la actuación del sector público. De esta manera, se ha trasladado al debate público una imagen de insuficiencia de los sistemas de control formales –administrativos y judiciales-, con una consiguiente desconfianza generalizada en el propio sistema democrático, y han aparecido, junto a ellos, instrumentos de control informales –que, en ocasiones, responden a intereses espurios-. Pese a que exceda con mucho de los fines de este trabajo, no podemos obviar los riesgos inherentes a esta imagen distorsionada de las instituciones públicas.

Sin embargo, y retomando nuestro hilo conductor, hemos de afirmar que, en efecto, la corrupción política constituye una lacra, tanto por sus resultados presentes como por sus consecuencias futuras. En efecto, con las conductas de corrupción no solo se priva de elevados recursos económicos a los poderes públicos sino que, como consecuencia, las prestaciones asistenciales estatales se ven resentidas: se disminuyen indebidamente los fondos inicialmente previstos para satisfacer necesidades de la población y, con ello, ante la escasez de recursos, surge la necesidad de seleccionar qué demandas responder, con lo que los bienes y servicios postergados en dicha elección son objeto de una preterición injusta e injustificada. Más aún, se produce una merma de la confianza de la población en las instituciones públicas, con una desconfianza generalizada, que se expande a cualquier sector de la función pública. En cuanto a los estudios de opinión pública, podemos consignar que la visión de la corrupción por la sociedad española es oscilante, puesto que en el Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) del mes de septiembre¹⁰, la corrupción y el fraude eran el cuarto de los principales problemas actuales de España, para un 20,5% de la población, mientras que en el estudio correspondiente al mes de octubre¹¹, se fijaba en el puesto decimocuarto, representativo de un 4,3% de la población.

Con todo, forzoso es reconocer que, pese a los esfuerzos indicados, en España existe un elevado número de casos de corrupción política, que irrogan un ingente perjuicio económico a las arcas públicas. Obviamente, no existen cifras oficiales concretas a propósito de qué cantidad alcanza esta ilícita actividad, aunque existen algunas estimaciones alarmantes. Un informe del FMI de mayo de 2019¹², apunta que los países con gobiernos menos corruptos recaudan, en general, un 4,5% más del PIB en impuestos que los que tienen un mismo nivel de desarrollo económico, pero con niveles de corrupción significativamente más

⁹ M.C. GÓMEZ RIVERO, “Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”, en M.C. GÓMEZ RIVERO (dir.), A. BARRERO ORTEGA (coord.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 434.

¹⁰ Disponible en http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Marginales/32803299/3292/Es3292ma_r.pdf.

¹¹ Disponible en <http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Marginales/32803299/3296/es3296mar.pdf>.

¹² Informe del Fondo Monetario Internacional, *Fiscal Monitor: Curbing corruption. April 2019*, Servicio de publicaciones del FMI, Washington, 2019, p. 43, disponible en <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2019/03/18/fiscal-monitor-april-2019>.

altos. Ello se debe a que en los Estados más corruptos se abonan menos impuestos, ya que estos se evitan a través de sobornos para evitarlos. Así las cosas, extrapolando tal porcentaje a España, nos moveríamos en unos importes de 60000 millones de euros al año. No obstante, en otros análisis¹³ esta cifra se eleva hasta los 90000 millones de euros al año. Sea como fuere, y pese a la oscilación en los estudios, lo cierto es que evidencian que en España se produce un elevado trasvase de fondos públicos a intereses privados de modo ilícito. En este sentido, se ha apuntado que¹⁴ el delito de blanqueo de dinero resulta “imprescindible” en la lucha contra la corrupción y que, por tal motivo, se encuentra recogido como “delito conexo” en varios convenios internacionales de lucha contra la corrupción.

En efecto, si partimos de una secuencia lógica y tomamos como punto de partida que la corrupción política genera grandes montos económicos, de modo subsiguiente, en muchas ocasiones, surgirá la necesidad de dotar de una apariencia de legalidad a esos fondos ilegítimamente obtenidos, momento del proceso en que se hace necesario acudir al lavado de tales activos y en el que, por ende, puede entrar en juego el delito de blanqueo de dinero. Así las cosas, pese a que no exista una enumeración taxativa de qué delitos se incardinan en el concepto de corrupción política y que, por lo tanto, puedan operar, a estos efectos, como antecedentes del blanqueo, podemos tomar como referente el art. 19 de la *Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (EOMF), en que se recoge la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. Se constituye como una fiscalía especial, que interviene directamente en supuestos penales de especial trascendencia, según el art. 19.4, en relación con varios delitos¹⁵.

Debemos señalar dos aspectos, a propósito de esta Fiscalía especial: en primer lugar, su propia denominación, en la que se conectan la corrupción y la criminalidad organizada, dos ámbitos íntimamente ligados con el blanqueo de dinero. En segundo término, la amplitud de las conductas típicas de que conoce. Hemos de precisar que no solo se incluyen delitos contra la Administración Pública en sentido estricto, -los tipificados en el Título XIX del Libro II, arts. 404-445 CP-, sino que recoge diversos delitos ubicados sistemáticamente en otros lugares del texto punitivo. Pues bien, este listado nos permite inferir que, en efecto, existe una pluralidad de conductas delictivas, relacionadas con la función pública o política, de las que se pueden derivar fondos susceptibles de blanqueo. También podemos agregar, aunque no se recojan en el listado enunciado, los delitos contra la ordenación del territorio, que constituyen supuestos paradigmáticos de corrupción administrativa, *v.gr.*, mediante las recalificaciones urbanísticas, las cesiones de suelo público u otras prácticas similares, que proporcionan notables beneficios a los corruptores. Tampoco se enuncian en este listado los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, introducidos en el CP en el año 2015, y que constituyen una de las máximas expresiones de corrupción política, cuyos beneficios también pueden ser objeto de blanqueo. Al hilo de la reforma del 2015 en este ámbito, un

¹³ Informe del Grupo Parlamentario de los Verdes en el Parlamento Europeo, “The costs of corruption across the EU”, 2019, disponible en <https://www.greens-efa.eu/files/doc/docs/e46449daadbfebc325a0b408bbf5ab1d.pdf>.

¹⁴ G. QUINTERO OLIVARES, “La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. Extra 38, 2018, p. 246.

¹⁵ Art. 19.4 EOMF: “a) Delitos contra la Hacienda Pública, contra la seguridad social y de contrabando. b) Delitos de prevaricación. c) Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada. d) Malversación de caudales públicos. e) Fraudes y exacciones ilegales. f) Delitos de tráfico de influencias. g) Delitos de cohecho. h) Negociación prohibida a los funcionarios. i) Defraudaciones. j) Insolvencias punibles. k) Alteración de precios en concursos y subastas públicos. l) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. m) Delitos societarios. n) Blanqueo de capitales y conductas afines a la receptación, salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a las otras Fiscalías Especiales. ñ) Delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales. o) Delitos de corrupción en el sector privado. p) Delitos conexos con los anteriores. q) La investigación de todo tipo de negocios jurídicos, transacciones o movimientos de bienes, valores o capitales, flujos económicos o activos patrimoniales, que indiciariamente aparezcan relacionados con la actividad de grupos delictivos organizados o con el aprovechamiento económico de actividades delictivas, así como de los delitos conexos o determinantes de tales actividades; salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a la Fiscalía Antidroga o a la de la Audiencia Nacional”.

sector doctrinal¹⁶ ha criticado que se ha incrementado la inclusión de elementos valorativos en los tipos penales, con lo que decrece la seguridad jurídica; a su vez, se ha objetado la técnica legislativa empleada, que lleva a problemas concursales y a dificultades de coordinación entre figuras delictivas. Además, se ha expresado que el legislador ha incurrido en un “uso simbólico del Derecho penal”, que pretende la legitimación en la opinión pública, con olvido de las otras ramas del ordenamiento y de las políticas de transparencia y se ha pronosticado que, si no se crean los medios materiales y personales para aplicar la reforma se producirá la potenciación de los efectos negativos de la corrupción.

A propósito del Título XIX, MUÑOZ CONDE¹⁷ ha manifestado que no se protege la Administración Pública de una forma omnicompreensiva, sino que solo se atiende a aspectos concretos de ella y que, a veces, ni eso, sino que únicamente constituye el marco de referencia en que se cometen las conductas incriminadas, y que le afectan indirectamente. Así, indica que desde un punto de vista sociológico, muchos de los ilícitos recogidos tienen relación con “la corrupción política y administrativa”, que va más allá de dicho Título, por cuanto comprende una “compleja fenomenología” –añadiendo, además de los que ya citamos, las falsedades documentales-, y que su denominador común es que en múltiples ocasiones son “cometidos desde el poder, o favorecidos desde las posiciones de poder y autoridad que confiere el ejercicio de las funciones públicas, y que a través de la organización de la complicidad en redes de poder se convierte en una de las manifestaciones más preocupantes de la criminalidad organizada”. A su vez, expresa que tanto la desviación de poder como la corrupción política resultan incompatibles con la democracia y con un control democrático de los actos administrativos.

También se ha propuesto¹⁸ una diferenciación entre las nociones de corrupción pública y de corrupción política, y se ha defendido, en todo caso, una interpretación estricta de la voz “corrupción”. De esta manera, se argumenta que la corrupción pública remite al delito de cohecho y al tráfico de influencias, en que se da ese “co-hacer de dos con finalidades no convergentes, pero sí encontradas”. Estos delitos –y, en menor medida, los restantes del Título XIX- se caracterizan por el abuso de poder, de una situación de privilegio, con un desvío del ejercicio de la función pública, un enriquecimiento económico y, en definitiva, una “compraventa del poder público”. Para dicho autor, los delitos de corrupción política son los ya enunciados, pero limitados a aquéllos en los que intervienen sujetos que han accedido “al ejercicio de la Administración pública por vía de elecciones o de designación personal de la mano de un partido político”, y se concretan en un ejercicio ilícito de un poder público, en perjuicio de los administrados, por motivaciones de naturaleza espuria, fundamentalmente económicas y en las que se dé la oferta de un tercero –el corruptor-. Con ser certera esta diferenciación, hemos de significar que en este trabajo efectuamos un paralelismo o equivalencia entre la corrupción política y la corrupción pública dado que, a efectos prácticos, coinciden en lo sustancial –el desvío de poder y de una función pública, en beneficio de un tercero, pudiendo mediar merced económica-, por lo que se emplean ambas notas como sinónimas.

Con estas precisiones debemos continuar destacando que, en líneas generales, algunos de los delitos que se incardinan bajo el ámbito de los delitos contra la corrupción pública presentan unos perfiles ambiguos o imprecisos. Se trata de tipos plagados de elementos normativos, con remisiones a normas penales en blanco y que requieren ser complementados, en muchas ocasiones, con la siempre compleja y cambiante normativa administrativa. En este orden de apreciaciones, nos encontramos con que, a veces, resulta

¹⁶ F.J. BOIX REIG, “Corrupción y justicia...”, op. cit.; I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Corrupción y Derecho Penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal”, *Revista Penal*, núm. 37, 2016, p. 45.

¹⁷ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, Editorial Tirant lo Blanch, 22ª ed., Valencia, 2019, pp. 880 y 887.

¹⁸ N.J. DE LA MATA BARRANCO, “La lucha contra la corrupción política”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18, 2016, pp. 5 y 11, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-01.pdf>.

difícil afirmar las tipicidades de las conductas, por cuanto siempre será posible el recurso a complejos expedientes administrativos, en los que se dote de una pátina de legalidad procedimental o formal a conductas que, a todas luces, habrían de ser merecedoras de reproche penal. A su vez, ello se complica aún más en los órganos colegiados, o en aquéllos en los que se produzcan delegaciones de funciones en otros entes, ya que se diluye la responsabilidad por los hechos y se dificulta la delimitación de las actuaciones individuales. De ahí que se haya escrito¹⁹ que estos delitos poseen una redacción compleja, que habría de simplificarse “describiendo de la forma más clara posible los comportamientos penalmente relevantes, sin recurrir a una casuística abrumadora que siempre deja algún resquicio o «laguna de punibilidad» que puede ser utilizada para dejar en la impunidad casos evidentes de corrupción”. Asimismo, de modo perspicaz, este autor critica que los particulares que participan en estas conductas –los corruptores–, que se describen gráficamente como “el motor que anima y favorece la corrupción política”, puedan beneficiarse de la atenuación de la pena prevista en el art. 65.3 CP, es decir, la que se aplica al *extraneus* que sea inductor o cooperador necesario en un delito especial.

Por mencionar algún ejemplo que evidencia las dificultades genéricas que hemos subrayado en este ámbito podemos citar, en el ámbito propio del cohecho –como delito de corrupción pública por excelencia–, la complejidad para distinguir entre²⁰ gastos de representación y pagos de facilitación, debido a la imprecisa demarcación de los contornos de la conducta prohibida, donde aparecen “criterios valorativos como la adecuación social o subjetivos como el motivo o destino del favor”, sin que se sepa con exactitud dónde situar la frontera entre el obsequio permitido y el prohibido. No obstante, incluso en los agasajos de escaso valor, surgen dudas a propósito de si tienen por finalidad estrechar lazos, si concurre ánimo corruptor o si el destinatario va a ser “sensible” a tales obsequios. Por el contrario, también se podría aducir que su justificación comercial los convierte en atípicos. En este orden de ideas, a medida que se desciende en el valor de la dádiva, y cuanto más se aleja el beneficiario del círculo de personas que mantengan relaciones directas y contrastadas con el funcionario competente, surgen mayores problemas en el ámbito de la prueba de la relación causal y de la propia legitimidad de la intervención penal. A ello se anuda la intervención de la normativa administrativa, que reprime la percepción de prebendas, por lo que aparecen “zonas de relevancia extrapenal”, donde se incardinarían los obsequios ajenos a la función del cargo o amparados en la adecuación social. En todo caso, se constata que la complejidad viene dada por la “relativa inaprehensibilidad y volubilidad de los criterios que nos sitúan en uno u otro terreno”.

En el intento de condensar unas notas comunes de los delitos incardinados en el Título XIX se ha dicho que acoge delitos reservados, mayoritariamente, a autoridades y funcionarios públicos, que cuando se cometen “subvierten el correcto funcionamiento de la Administración en alguno de sus aspectos”, por lo que se suele²¹ indicar, como bien jurídico categorial, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, que debe adecuarse a las previsiones contenidas en el art. 103.1²² de la Constitución Española (CE), si bien, en cada concreto tipo se tutela un bien jurídico inmediato específico. Se pone de manifiesto que en ellos, concurren dos notas comunes: i) en casi todos, el sujeto activo es una autoridad o funcionario público y ii) cabe la doble sanción, administrativa y penal, sobre una misma

¹⁹ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 913.

²⁰ M. CUGAT MAURI, “Elementos subjetivos del delito y límites de las compliance penales: a propósito de la difícil delimitación entre gastos de representación y pagos de facilitación”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. Extra 38, 2018, pp. 7-12.

²¹ E. ORTOS BERENGUER, “Lección XXXVII. Delitos contra la administración pública (I). Prevaricación. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos. Desobediencia y denegación de auxilio. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos”, en J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, Editorial Tirant lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2019, pp. 669-672.

²² Art. 103.1 CE: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

persona y por unos mismos hechos. Asimismo, también se ha proclamado que²³, a propósito de tales tipos, es preciso efectuar una referencia al “racimo de la corrupción”, que viene conformado por el conjunto de infracciones “que suelen ser cometidas en cadena o simultáneamente por los funcionarios públicos o autoridades cuando, en el desempeño de sus cargos y funciones actúan guiados por intereses económicos particulares y no imparcialmente por el interés general de los administrados”. Entre esta tipología de delitos, además de los propios del Título XIX, se incluyen el blanqueo de bienes y el delito fiscal.

De esta manera, debemos abordar en este punto las especificidades de la relación concursal entre estos delitos y el blanqueo de dinero. En primer lugar, partimos de que es posible la existencia de un concurso real entre ambas tipologías delictivas, lo que no se discute. De este modo, concurre una diferencia de bienes jurídicos, ya que en el lavado nos hallamos ante un tipo pluriofensivo, en que se tutelan²⁴ el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y del tráfico económico-financiero de curso legal, lo que constituye una concreción del orden socioeconómico. Además, pese a que se trate de un delito de referencia, debemos predicar su autonomía e independencia. Sin embargo, merece nuestra más severa crítica que en cualquier delito en que existan ganancias patrimoniales, casi de modo automático, las acusaciones empleen la calificación adicional de blanqueo, vaciando a este delito de su contenido. El ámbito de la corrupción pública no constituye una excepción, sino todo lo contrario. Con esta extensión se atenta contra la seguridad jurídica, contra la proporcionalidad y contra el principio *ne bis in idem*. El dinero que procede de la corrupción²⁵ no se diferencia del que procede de otros delitos, por lo que puede destinarse a ser lavado –*v.gr.*, constituyendo una empresa o depositándolo en un paraíso fiscal- y configurar la tipicidad del delito de blanqueo.

Este punto de partida se ve pronto distorsionado cuando tenemos en cuenta que entran en juego determinadas figuras que expanden el ámbito del blanqueo hasta límites insospechados, desvirtuando su esencia. De esta manera, ante la amplitud de los verbos típicos, se propicia que casi cualquier contacto con los bienes de procedencia delictiva sea reputado como un delito de blanqueo. En este sentido, merece una crítica severa la reforma del CP del año 2010, mediante la que se tipificó de modo expreso el autoblanqueo y a través de la que se introdujeron, en el art. 301.1 CP, las modalidades típicas de “poseer” y “utilizar” los bienes de procedencia delictiva. Con ello, prácticamente cualquier contacto con bienes que traen causa de un delito se convertiría, en teoría, en merecedor de un reproche por lavado de activos. Para restringir estos excesos punitivos, la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español ha ido perfilando el alcance del tipo, a través de varios criterios de corrección: exige la presencia de finalidad en todas las conductas de lavado – para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a los responsables a eludir las consecuencias legales de sus actos-, a cuya ampliación se opone un importante sector doctrinal, y también requiere que se identifiquen con precisión, dentro del patrimonio del blanqueador, los bienes que son objeto de blanqueo, sin que sirvan alusiones genéricas o conexiones difusas. Además, entre otras precisiones, el Alto Tribunal se muestra restrictivo en la admisión del blanqueo por uso y por la mera posesión, excluye de la tipicidad los actos neutros, o acciones socialmente adecuadas, y los desembolsos para gastos usuales de la vida diaria.

En efecto, si desgranamos estas críticas, observamos que, en el ámbito del autoblanqueo, pese a que sea factible legalmente, es preciso que se lleven a cabo por el autor del delito fuente verdaderos actos subsumibles en el blanqueo. Al hilo de esta cuestión, una interpretación combinada del autoblanqueo con la modalidad de posesión o

²³ P. ESQUINAS VALVERDE, “Lección 28. Delitos contra la Administración Pública (I)”, en E.B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir), P. ESQUINAS VALVERDE (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 363 y 364.

²⁴ M. ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código Penal español*, Editorial Bosch, Barcelona, 2005, p. 83; D. GONZÁLEZ URIEL, “El blanqueo de dinero en el código penal andorrano: análisis comparativo con la normativa española”, *La ley penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 136, 2019, p. 7.

²⁵ G. QUINTERO OLIVARES, “El autoblanqueo...”, *op. cit.*, pp. 243 y 251.

uso nos lleva a que, con una lectura literal del tipo, siempre que el corrupto maneje los fondos obtenidos ilícitamente estaría cometiendo un delito de blanqueo, puesto que estaría usando bienes que proceden de un delito o, cuando menos, si no los mueve y simplemente los detenta en su poder, *v.gr.*, ocultos en su casa, los estaría poseyendo. Con semejante comprensión se desborda la finalidad político-criminal del blanqueo y se exagera su alcance. Por lo tanto, en primer lugar, estimamos que, *de lege ferenda*, deberían excluirse las modalidades de “poseer” y “utilizar” del delito de lavado, ya que no afectan de modo directo a los bienes jurídicos tutelados y únicamente conducen a distorsiones interpretativas. En cuanto a la figura del autoblanqueo, propugnamos una comprensión sumamente restrictiva, en la que solo quepa apreciar el lavado cuando el dinero se aflore o se mueva tratando de infundirle una apariencia de legitimidad a su origen, y cuando se trate de actos que no constituyan un mero agotamiento del delito fuente. Por ende, excluimos los casos de consumo para uso diario, actos neutros o conductas socialmente adecuadas.

Otro criterio de restricción y que constituye el más importante, a nuestro juicio, viene representado por²⁶ un entendimiento del tipo sobre la base del principio de insignificancia y de una interpretación teleológica que, tomando en consideración el bien jurídico tutelado, exija un menoscabo relevante del orden socioeconómico y la idoneidad de los comportamientos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico (Abel Souto, 2012, p. 14). De esta manera, el principio de insignificancia excluiría los comportamientos de bagatela, en los que las cuantías sean nimias. Sin embargo, forzoso es reconocer que este principio conduce a una cierta inseguridad jurídica, ante la ausencia de cuantías económicas que funcionen como frontera o límite. En alguna Sentencia de la Sala 2ª, *v.gr.* la núm. 642/2018, se ha utilizado como importe orientativo la cifra de 15000 euros que el GAFI fija como cantidad que obliga a una especial vigilancia respecto de operaciones de blanqueo, y que se recoge también la Directiva europea 2015/849.

Tampoco podemos pasar por alto que la propia figura del blanqueo imprudente, recogida en el CP, puede llevar a que se amplíe de modo indebido el perímetro de actuación del delito, por lo que se requiere una lectura muy restrictiva de esta modalidad de reciclaje, so riesgo de que sirva para introducir, de modo elíptico, tipicidades carentes de base. En todo caso, se concibe como una modalidad de delito común, que no cabe cuando nos hallemos ante la forma de blanqueo representada por realizar “cualquier otro acto” con un elemento finalista –ocultar o encubrir el origen de los bienes o ayudar a los responsables-.

A su vez, y estrechamente conectado con el tema que tratamos, debemos efectuar una especial mención del tipo de blanqueo agravado, que se contiene en el art. 301.1 *in fine* CP, es decir, cuando los bienes tengan su origen en algunos de los delitos recogidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX, o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI. Con esta remisión se alude, respectivamente, a los delitos de cohecho, al tráfico de influencias, a la malversación, a los fraudes y exacciones ilegales y a las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, y de los abusos en el ejercicio de sus funciones –dentro del Título XIX, con exclusión del Capítulo X, que alude a las disposiciones generales- y, en lo tocante al Título XVI, nos ubica en el campo de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. En ambos casos podemos efectuar la misma crítica de base: si partimos del carácter autónomo e independiente del delito de blanqueo, carece de justificación²⁷ que se agrave la conducta por el delito de procedencia de los bienes, por cuanto el lavado actuaría como un refuerzo del bien jurídico tutelado en el delito fuente, lo que expresamente rechazamos. Además, pese a que por algunos autores se haya enfatizado la necesidad de estos tipos agravados en la existencia de una situación de corrupción generalizada, lo cierto es que, si se comprueban los datos de las Memorias Anuales de la

²⁶ M. ABEL SOUTO, “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012, p. 14, <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-14.pdf>.

²⁷ M.A. NÚÑEZ PAZ, “El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos”, en M. ABEL SOUTO y N. SÁNCHEZ STEWART (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 276.

Fiscalía General del Estado, se observa que no se ha producido un incremento exponencial en su aplicación. En consecuencia, aunque los asuntos de corrupción conllevan un elevado interés mediático y provocan una gran alarma social, ciertamente su número no justifica la pervivencia de unos subtipos agravados carentes de justificación.

Por lo tanto, con todas las cautelas y criterios de restricción, tanto doctrinales como jurisprudenciales, es posible aplicar el tipo de blanqueo de dinero en concurso real con delitos vinculados a la corrupción, siempre y cuando se den los meritados actos de lavado. Con todo, debe apostillarse que²⁸ el blanqueo no es un delito de corrupción política, aunque casos de corrupción de dicha naturaleza sí que pueden conducir al blanqueo; así las cosas, si se pretende que todo sea corrupción, acaba privándose de su verdadera importancia a este concepto.

No obstante, la doctrina ha señalado²⁹ algunos supuestos limítrofes, en los que las calificaciones jurídicas de los hechos resultan complejas. Nos referimos, en este punto, a los supuestos de patrimonios de origen desconocido, que pueden dar lugar a conductas tipificables como corrupción, fraude tributario o blanqueo de dinero, puesto que todos ellos tienen un campo operativo común. El punto de partida es que un sujeto tiene un patrimonio de origen desconocido y que, en segundo término, dicho individuo se encuentra ligado a actos de corrupción. Surgen varias hipótesis: i) que todo el patrimonio sea resultado de un delito concreto y determinado, en cuyo caso, los actos de aprovechamiento ulteriores se incardinarian en la esfera de los actos de agotamiento del delito que los originó, puesto que quedan absorbidos por él y constituyen actos posteriores copenados. Así, si el delito de corrupción es penado y comprende una condena sobre la totalidad del patrimonio ilícito, no es posible la doble incriminación, puesto que ya ha existido reproche penal y fijación de la consecuencia jurídica.

ii) Que exista un patrimonio vinculado a una persona investigada por corrupción, pero que no se haya originado por tales actividades delictivas, y sobre el que se efectúan actos de blanqueo para enmascarar su procedencia, en cuyo caso cabría aplicar ambos tipos. iii) Cabe que no se pueda acreditar ni el origen del patrimonio ni la actividad delictiva de la que procedan los bienes de titularidad de una autoridad o funcionario público, en cuyo caso se podría hablar de un delito de cohecho pasivo de facilitación, siempre que sea probado, puesto que el tipo “no exige demostrar la existencia de una conexión típica entre las ventajas patrimoniales y los actos a éstas relacionados”. iv) Que no se pueda vincular el patrimonio desproporcionado y no declarado con una actividad delictiva previa y que tampoco sea posible apreciar un delito de blanqueo, en cuyo caso se podría acudir, de modo subsidiario, a la calificación como delito fiscal.

Para finalizar este apartado, no podemos dejar de constatar que, al hilo del blanqueo de dinero y de su finalidad, en ocasiones se considera que³⁰ el delito de legitimación de fondos constituye “un modo de evitar que el delincuente se beneficie del botín” lo que lleva a una confusión entre las funciones político-criminales del lavado de activos y del comiso de las ganancias, que presentan una significación y una mecánica “radicalmente distintas”. Esta confusión se evidencia, sobre todo, en la defensa del autoblanqueo que realizan algunos autores. En efecto, en ocasiones se produce un solapamiento entre ambas figuras, lo que lleva a postulados dogmáticos insostenibles. Para evitar tales situaciones se ha

²⁸ N.J. DE LA MATA BARRANCO, “La lucha...”, *op. cit.*, p. 11.

²⁹ M. BELÉN LINARES, “Tratamiento jurídico-penal del patrimonio de origen desconocido: entre el delito de corrupción, el delito de blanqueo de capitales y el delito fiscal”, en M.C. GÓMEZ RIVERO y A. BARRERO ORTEGA, (dirs.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 975-981, 1001 y 1002.

³⁰ J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)”, publicado el día 15 de enero de 2010 en www.legaltoday.com, disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/si-todo-es-blanqueo-nada-es-blanqueo-i>; G. QUINTERO OLIVARES, “La lucha...”, *op. cit.*, p. 263.

proclamado³¹ que el castigo del delito fuente, con el consiguiente decomiso de los bienes, o con la correspondiente responsabilidad civil, en su caso, constituye si no la mejor opción, sí, al menos, la que conduce a “resultados más aceptables”. Con esta solución se confronta la “tendencia hiperrepresiva actual” y el comiso se erige en un límite a la apreciación de un delito de lavado. Se expone que con ella se evitan solapamientos y situaciones concursales que, incluso, pueden resultar “abiertamente contradictorias”.

3. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

Sobre la recuperación de activos se ha escrito que³², en los últimos tiempos, con base en un escenario de globalización de la economía, se ha producido una globalización de la delincuencia, lo que requiere de los Estados una “globalización de la respuesta penal”. En esta estrategia mundial se ha renovado como un “instrumento jurídico mágico” el decomiso, que se ha presentado en la opinión pública anudado a “una nueva política criminal que busca alcanzar mayores niveles de efectividad en el combate de todas aquellas formas delictivas graves y complejas las cuales, de forma directa o indirecta, producen ingentes cantidades de recursos económicos”. A esto se añade que el ámbito delictivo en que mejor se puede estudiar el decomiso es el de la corrupción, tan íntimamente ligada, entre otros tipos delictivos, al blanqueo de capitales, tanto por su dimensión pública como por los efectos que genera en la estabilidad de un Estado de Derecho. A su vez, debemos anotar que, tradicionalmente, diversos autores refieren que existe una gran “cifra negra” en cuanto a los efectos de la corrupción, lo que se resume en que se solo se conoce una ínfima parte de los casos existentes, por lo que quedarían en la penumbra una gran cantidad de fondos públicos que, en buena lógica, no podrán ser recuperados, ya que se desconoce su propia entidad.

Si queremos dar una definición breve del comiso, podemos conceptuarlo como³³ una consecuencia jurídica del delito que consiste en incautar a una persona unos bienes que guardan una relación concreta con los responsables de una infracción penal o con su comisión. En este ámbito, la reforma operada en el CP en el año 2010 por la LO 5/2010 introdujo importantes novedades, fruto de la transposición de la normativa comunitaria, contenida en la *Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*. Como novedades se incorporaron la posibilidad del comiso en los delitos imprudentes con pena de hasta un año de prisión –lo que se cumple en el blanqueo, según el artículo 301.3 CP-, y el “comiso ampliado”, de adopción potestativa en el caso de efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. Según FERNÁNDEZ TERUELO³⁴, esta previsión posibilita una adopción “más laxa” de la medida, ya que se da una presunción *iuris tantum* de ilegitimidad patrimonial. Se trata de una medida de política criminal que pretende “la obtención de la eficacia a cualquier precio”, ya que se decomisan bienes “cuya procedencia delictiva no se prueba, sino que simplemente se supone o se presume”, por lo que se opera una inversión de la carga de la prueba. Por ello, configuró una consecuencia accesoria expansiva, que había de ser interpretada de forma restrictiva, cuando la ilicitud de los bienes se base en una actividad delictiva y no en una mera

³¹ C. VIDALES RODRÍGUEZ, “Relaciones entre los delitos de fraude fiscal y blanqueo: una polémica que no cesa”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 46, 2017, pp. 152 y 153.

³² N. RODRÍGUEZ-GARCÍA, “El decomiso en el sistema penal español: análisis de contexto y lineamientos para una mejor intelección”, en I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (eds.), *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 22 y 23.

³³ J. CUELLO CONTRERAS y B. MAPELLI CAFFARENA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tecnos, 5ª ed. Madrid, 2015, p. 376.

³⁴ J.G. FERNÁNDEZ TERUELO, “El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales: los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y su la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas”, *Diario La Ley*, núm. 7657, 2011, pp. 7-9.

infracción administrativa, ya que “se podría convertir en un mecanismo penal expropiador por meras razones fiscales”.

En el año 2015, la LO 1/2015 modificó de forma esencial el régimen del comiso e introdujo varios preceptos en el CP, ampliando su campo de actuación³⁵. Con la nueva redacción podemos concluir que el comiso consiste en la confiscación de los efectos, bienes, medios e instrumentos que derivan del delito, y que también incluye el decomiso de las ganancias y del valor equivalente. A su vez, se ha afirmado que posee naturaleza civil, fundamentada en la prohibición del enriquecimiento injusto. Esta modificación se basa en la normativa comunitaria, que ha obligado a modificar la regulación interna, lo que ha tenido dos consecuencias, puesto que se ha extendido el concepto material y se han rebajado las garantías procesales. Según los autores que seguimos³⁶, semejantes reformas “rayan la inconstitucionalidad”, porque el legislador español ha ido “más allá” de lo exigido por la normativa europea. Así, el comiso ampliado, art. 127 bis CP, permite confiscar bienes que no proceden de una actividad delictiva, sino de actividades anteriores, y ha pasado de la excepcionalidad a la generalización, porque se ha extendido el catálogo de delitos que lo habilitan. A propósito del comiso sin sentencia condenatoria, el art. 127 ter CP posibilita su adopción aunque no haya recaído tal resolución de condena. Otra posibilidad es el comiso de bienes de terceros, ubicado en el art. 127 quater CP, que regula de modo distinto los “efectos” y las “ganancias”, se funda en una presunción y “colisiona con el delito de blanqueo de capitales”.

Otra singularidad viene representada por el comiso por actividad delictiva continuada del art. 127 quinquies CP, en que es preciso que exista condena por alguno de los delitos explicitados, se contiene un concepto propio de actividad delictiva continuada y alude a los “indicios fundados” de que una parte del patrimonio del sujeto procede de una actividad delictiva previa, lo que se complementa con las presunciones del art. 127 sexies CP. Se han establecido unas disposiciones para asegurar su ejecución efectiva en el art. 127 septies CP, que solo afectan a los bienes de los criminalmente responsables, no de los terceros. Se da una aplicación específica del comiso por valor equivalente y en el art. 128 octies CP se han generalizado las medidas que anteriormente solo se aplicaban a los delitos relativos al tráfico de drogas: el embargo cautelar, la realización anticipada o la utilización provisional de los bienes. Por último, cuando los bienes hayan sido decomisados por resolución firme y no deban ser aplicados al pago de indemnizaciones a las víctimas, se adjudicarán al Estado, que les dará el destino que corresponda legal o reglamentariamente.

Sobre esta reforma, FERNÁNDEZ TERUELO³⁷ expone una serie de fundadas críticas. Comenta que en la exposición de motivos de la LO 1/2015 existe una discordancia, porque se tilda la modificación como una “revisión técnica”, si bien, con posterioridad, se enuncia que la regulación de dicha figura es “objeto de una ambiciosa revisión”. La actitud del sujeto condenado en este ámbito tiene gran relevancia en sede de suspensión de la pena y de revocación de la suspensión, *ex arts.* 80 y 86 CP, ya que si pone obstáculos a la efectividad del comiso o a su ejecución ello conlleva, respectivamente, la no adopción de la suspensión o su revocación. Además, como notas propias de la reforma, se han ampliado los supuestos del comiso sin condena, del art. 127 ter CP, con base en dos características: el requisito actual es la “ausencia de una sentencia de condena” y se han incrementado los supuestos en que se puede aplicar, lo que resulta “discutible desde parámetros garantistas”. Sobre el comiso de bienes de terceros, se ha suprimido el requisito de que se trate de un tercero “de buena fe”, que no se contiene en el art. 127 quater CP, por lo que la protección de los terceros tiene su límite en el art. 122 CP, relativo a la participación a título lucrativo. Asimismo, quedan

³⁵ Recomendamos al lector una lectura de los arts. 127-128 CP, que aquí no transcribimos por razones de espacio.

³⁶ E. ORTS BERENGUER y J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, 8ª ed., Valencia, 2019, pp. 560 y 561.

³⁷ J.G. FERNÁNDEZ TERUELO, “Adaptación de la normativa penal española a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea”, en M. ABEL SOUTO y N. SÁNCHEZ STEWART (coords.), *V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 266-276.

fuera de protección los terceros que hubieran adquirido bienes a título gratuito o por precio inferior al valor de mercado -art. 127 quater, apartado 2-, si bien esto debe ser complementado con la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que se incorporó un nuevo Título VIII en el Libro IV, cuyo Capítulo I tiene por rúbrica “De la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso”, y abarca los arts. 846 bis a) a 846 bis d). Otro detalle es que, en el comiso en situaciones de depreciación de bienes del art. 127 septies, se hacen recaer sobre el sujeto respecto del que se acuerda las eventuales depreciaciones que sufran los bienes con relación al momento de su adquisición, lo que no depende de su voluntad.

Centrados en la materia del blanqueo, hacemos nuestras las acertadas consideraciones formuladas por LORENZO SALGADO³⁸. En primer término, se ha producido una gran expansión del decomiso ampliado –art. 127 bis CP-, ya que ahora se requieren tres indicios que deben ser valorados de modo especial, sin perjuicio de que se tomen en consideración otros datos. Al elenco de figuras delictivas que constituye el presupuesto de este tipo de comiso se le reprocha su excesiva amplitud, ya que recoge más tipos que los citados en la Directiva que motivó la reforma, pero también se ha resaltado que existen notables ausencias en la lista, entre otros, los delitos de contrabando o de financiación ilegal de partidos políticos. Debemos puntualizar que en el blanqueo imprudente podía ser adoptado a través del decomiso directo del art. 127.2 CP, que contiene una potestad del juzgador, ya que su dicción refiere que “podrá acordar”. No obstante, con la fórmula del artículo 127 bis.1, letra i) CP, que alude a los “delitos de blanqueo de capitales”, en cuya tipicidad se contienen tanto el tipo doloso como el imprudente, y toda vez que el precepto se expresa en términos obligatorios –“el juez o tribunal ordenará también el decomiso”-, existe el deber de acordar siempre y en todo caso dicha confiscación, con lo que nos hallamos ante “una reacción penal realmente desproporcionada”.

Al hilo del análisis de los indicios del apartado 2 del art. 127 bis, los contenidos en los números 2º y 3º, consistentes en conductas de ocultación y de transferencia, tienen su encaje en el delito de blanqueo de dinero, por lo que se da la paradoja de que, al propio tiempo, constituyan indicios para acordar el comiso y, por otro lado, configuren el tipo penal, por lo que un sector doctrinal ha proclamado que se vulnera el principio *ne bis in idem*. Podemos salvar tal escollo si se toma en consideración el preámbulo de la LO 1/2015, en el que se enfatiza en el carácter de consecuencia patrimonial del comiso, alejándolo de su naturaleza penal; sin embargo, esta visión no ha calado en muchos especialistas, que continúan estimándolo como una reacción punitiva, en que concurren la trascendencia patrimonial y la vertiente preventiva –tanto general como especial-. En último lugar, es digno de objeciones el comiso extensivo, introducido en los art.127 quinquies y sexies CP, en orden a su ubicación sistemática, ya que debería estar a continuación del artículo 127 bis CP, y dado que posee una redacción “extremadamente farragosa”, lo que lleva a que se introduzcan “considerables dosis de confusión en la materia”. Nos hallamos ante una modalidad de aplicación potestativa, si bien es posible pronosticar que se darán solapamientos y disfunciones entre los preceptos aludidos, por lo que se propugna su derogación, puesto que “hubiera sido aconsejable no haber incorporado a nuestro texto punitivo este segundo comiso extensivo”; además, por otra parte, no era de obligada tipificación, según se desprende de la Directiva 2014/42/UE.

También se ha dicho que³⁹ el comiso constituye un “banco de pruebas” para algunas de las interrogantes que suscita el nuevo Derecho Penal. Puesto que la delincuencia económica ha alcanzado unos elevados niveles y, dentro de ella, los casos más graves de corrupción, junto a la responsabilidad individual de los autores se coloca en un primer plano la

³⁸ J.M. LORENZO SALGADO, “Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito y la extensión al blanqueo en 2015 del comiso ampliado, previsto inicialmente para la criminalidad organizada transnacional”, en M. ABEL SOUTO y N. SÁNCHEZ STEWART (coords.), *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 585-588.

³⁹ I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso”, *Revista Penal*, núm. 40, 2017, pp. 41 y 42.

necesidad de recuperar bienes ilícitamente obtenidos. Entre las propuestas en la materia se encuentra un menor empleo de la privación de libertad y una disminución de las garantías para recuperar los beneficios económicos. Incluso se ha propuesto una revisión de las relaciones entre el ordenamiento penal y el administrativo. Si bien, se reprocha que la reforma lleva a cabo una relajación de las garantías, como se refleja en la introducción de presunciones que “difícilmente superan el filtro de constitucionalidad”. Todo ello obedece a una “mal entendida política criminal de eficacia, con un importante contenido simbólico”. Además, se discute que, pese a la terminología del legislador, el decomiso constituya una institución “no penal”, de naturaleza civil, cuando sí posee dicho contenido material en bastantes casos, por lo que se describe como un “fraude de etiquetas”. Se rechaza que estemos ante una mejora técnica de esta figura, en continua reforma desde el año 1995, y se concluye que la introducción de la eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada no se puede hacer a cualquier precio.

Así las cosas, podemos finalizar indicando que, como en el blanqueo, en materia de comiso el legislador ha incurrido en los dos mismos excesos: aunque justifique su expansión en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, ha ampliado notablemente su campo de actuación y dicha extensión no era requerida por los compromisos internacionales ni europeos. Ha empleado una técnica legislativa nefasta, con preceptos elefantíacos, carentes de toda sistemática, repletos de enumeraciones, que dificultan la labor del intérprete. Compartimos la preocupación doctrinal a propósito de la rebaja en las garantías procesales y la inversión de la carga de la prueba. Asimismo, el hecho de apreciar determinados indicios de ilicitud patrimonial cuando todavía no ha recaído una sentencia condenatoria nos aproxima a los postulados del Derecho Penal de autor, así como a la adopción de un régimen similar a las medidas de seguridad predelictivas –en este caso, consecuencias accesorias predelictivas-. So riesgo de que el adelanto de las barreras de punición conlleve una relajación de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, hemos de requerir desde estas breves líneas medida y reflexión al legislador: la eficacia en la persecución de los bienes delictivos no puede convertirse en un fin a conseguir a cualquier precio. Habría que dar una vuelta de tuerca a la célebre fórmula de lucha contra el blanqueo que reza “*follow the money*” y, en efecto, podría añadirse que se efectúe dicha persecución “con pleno respeto a los derechos fundamentales, tanto sustantivos como procesales”.

4. BIBLIOGRAFÍA

- M. ABEL SOUTO, “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-14.pdf>.
- M. ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código Penal español*, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.
- M. ABEL SOUTO, “La expansión mundial del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Alemania, Ecuador, los Estados Unidos, México y el Perú”, *Administración & ciudadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 12, núm. 2, pp. 241-289.
- A.M. ARJONA TRUJILLO, “La corrupción política: una revisión de la literatura”, *Documentos de Trabajo. Series de Economía*, Julio, 02-14, 2002, pp. 1-49.
- M. BELÉN LINARES, “Tratamiento jurídico-penal del patrimonio de origen desconocido: entre el delito de corrupción, el delito de blanqueo de capitales y el delito fiscal”, en M.C. GÓMEZ RIVERO y A. BARRERO ORTEGA, (dirs.), *Regeneración democrática y*

- estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 975-1004.
- I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Corrupción y Derecho Penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal”, *Revista Penal*, núm. 37, 2016, pp. 23-45.
- I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso”, *Revista Penal*, núm. 40, 2017, pp. 22-42.
- F.J. BOIX REIG, “La corrupción y la justicia penal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 115, núm. 3, 2016, pp. 689-711.
- J. CUELLO CONTRERAS y B. MAPELLI CAFFARENA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tecnos, 5ª ed., Madrid, 2015.
- M. CUGAT MAURI, “Elementos subjetivos del delito y límites de las compliance penales: a propósito de la difícil delimitación entre gastos de representación y pagos de facilitación”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. Extra 38, 2018, pp. 1-58.
- N.J. DE LA MATA BARRANCO, “La lucha contra la corrupción política”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18, 2016, pp. 1-25, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-01.pdf>.
- R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Vademécum de Derecho Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 2018.
- J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)”, publicado el día 15 de enero de 2010 en www.legaltoday.com, disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/si-todo-es-blanqueo-nada-es-blanqueo-i>.
- P. ESQUINAS VALVERDE, “Lección 28. Delitos contra la Administración Pública (I)”, en E.B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.), P. ESQUINAS VALVERDE (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 363-375.
- J.G. FERNÁNDEZ TERUELO, “Adaptación de la normativa penal española a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea”, en M. ABEL SOUTO y N. SÁNCHEZ STEWART, (coords.), *V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 263-282.
- J.G. FERNÁNDEZ TERUELO, “El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales: los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y su la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas”, *Diario La Ley*, núm. 7657, 2011.
- M.C. GÓMEZ RIVERO, “Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”, en M.C. GÓMEZ RIVERO (dir.), A. BARRERO ORTEGA (coord.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 433-479.
- D. GONZÁLEZ URIEL, “El blanqueo de dinero en el código penal andorrano: análisis comparativo con la normativa española”, *La ley penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 136, 2019, pp. 1-14.
- Informe del Fondo Monetario Internacional, *Fiscal Monitor: Curbing corruption. April 2019*, Servicio de publicaciones del FMI, Washington, 2019, disponible en <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2019/03/18/fiscal-monitor-april-2019>.
- J.M. LORENZO SALGADO, “Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito y la extensión al blanqueo en 2015 del comiso ampliado, previsto inicialmente para la criminalidad organizada transnacional”, en M. ABEL SOUTO y N. SÁNCHEZ STEWART (coords.), *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 585-588.

- F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, Editorial Tirant lo Blanch, 22ª ed., Valencia, 2019.
- M.A. NÚÑEZ PAZ, “El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos”, en M. ABEL SOUTO y N. SÁNCHEZ STEWART (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 267-279.
- E. ORTS BERENGUER, “Lección XXXVII. Delitos contra la administración pública (I). Prevaricación. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos. Desobediencia y denegación de auxilio. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos”, en J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, Editorial Tirant lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2019, pp. 669-687.
- E. ORTS BERENGUER y J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, 8ª ed., Valencia, 2019.
- G. QUINTERO OLIVARES, “El blanqueo del tributo impagado”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 13, 2018, pp. 26-38.
- G. QUINTERO OLIVARES, “La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. Extra 38, 2018, pp. 241-263.
- N. RODRÍGUEZ-GARCÍA, “El decomiso en el sistema penal español: análisis de contexto y lineamientos para una mejor intelección”, en I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (eds.), *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 19-54.
- A.M. RODRÍGUEZ TIRADO, “Ministerio Fiscal, investigación penal en delitos de corrupción económica y determinación de la competencia penal”, en J. SÁNCHEZ BERNAL y A.E. CARRILLO DEL TESO (coords.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 123-152.
- J.M. SILVA SÁNCHEZ, “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en M. ABEL SOUTO y N. SÁNCHEZ STEWART (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 131-139.
- R.L. SORIANO DÍAZ, “La corrupción política: tipos, causas y remedios”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, p. 385. pp. 382-402.
- C. VIDALES RODRÍGUEZ, “Relaciones entre los delitos de fraude fiscal y blanqueo: una polémica que no cesa”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 46, 2017, pp. 133-153.

EL INFORME DE CALIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

The report on the qualification of the bankruptcy administration in Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 may, approving the consolidated text of the bankruptcy law

César Gilo Gómez
Universidad de Salamanca (España)

Fecha de recepción: 29 de septiembre de 2020
Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2020

RESUMEN: El informe que la Administración Concursal tiene que elaborar en la fase de calificación del concurso conforme a lo establecido en el artículo 448 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, constituye una pieza básica para la finalización del procedimiento concursal. Nos encontramos ante un documento esencial para el Juez del concurso, ya que deberá basarse en él para dictar la Sentencia que califique el concurso como culpable o como fortuito. Sin embargo, a pesar de su importancia, a día de hoy todavía quedan por resolver importantes cuestiones respecto a este documento como son el discutible plazo para su elaboración o su controvertida naturaleza jurídica, cuestiones a las que se dará respuesta en el presente estudio.

ABSTRACT: The report to be drawn up by the Bankruptcy Administration in the qualification phase of the competition in accordance with article 448 of Royal Legislative Decree 1/2020 of 5 May, approving the consolidated text of the Bankruptcy Act, is a basic piece for the completion of the bankruptcy procedure. We have before us an essential document for the Judge of the contest, since it must be based on him to dictate the Judgment that qualifies the contest as guilty or as fortuitous. However, in spite of its importance, today there are still important issues to be resolved with regard to this document, such as the questionable time frame for its preparation or its controversial legal nature, issues that will be response in this study.

PALABRAS CLAVE: Informe, calificación, Administración Concursal, deudor, Ley Concursal

KEYWORDS: Report, rating, bankruptcy administration, debtor, bankruptcy Act.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA JURÍDICA DEL INFORME. III. PLAZO PARA SU CONFECCIÓN. IV. CONTENIDO DEL INFORME. V. EL INFORME DE CALIFICACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE REAPERTURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO. VI. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA CONFECCIÓN DEL INFORME. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El informe que la Administración Concursal debe evacuar por mandato expreso del legislador contenido en el artículo 448 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal—en adelante TRLC— y sustitutivo del actual 169 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal —en adelante LC— es uno de los elementos fundamentales de cara a la conclusión del procedimiento judicial iniciado con la declaración de concurso¹.

Esta trascendental función encomendada por el legislador a la Administración Concursal será la base de la que dispondrá el Juez para dictar la Sentencia de calificación, lo que convierte a este documento en la pieza clave de la última sección del procedimiento concursal. Siendo tal su importancia, resulta fundamental aclarar diferentes aspectos en relación a este documento capital para dictar la Sentencia que determine las responsabilidades que derivan del procedimiento concursal.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL INFORME

La naturaleza jurídica de este documento ha venido siendo una de las cuestiones más controvertidas en relación al mismo. Así, la discusión doctrinal y jurisprudencial se ha venido centrando en determinar si el informe de la Administración Concursal en la pieza de calificación del concurso debe ser considerado como una Demanda, como un informe pericial² o si realmente nos encontramos simplemente ante un escrito forense más.

Los argumentos que esgrimidos por la Jurisprudencia³ y la Doctrina⁴ partidaria de considerar el informe de la Administración Concursal como una Demanda residían en el paralelismo existente entre ambos escritos respecto al papel que juegan en los procedimientos como actos formales a través de los cuales se ejercita una pretensión. Así, los valedores de esta postura entendían que ambos tipos de documentos sirven para demandar un pronunciamiento judicial respecto a una determinada cuestión.

De igual modo, los defensores de esta posición han venido destacando que la similitud del informe de la Administración Concursal en la pieza de calificación del concurso con toda Demanda que pueda presentarse en un Juzgado se desprende del hecho de que ambos escritos son iniciadores de un procedimiento, entendiéndose de esta forma que el informe de la Administración Concursal en la pieza de calificación del concurso inicia la sección de calificación del procedimiento concursal.

Abundaban los partidarios de esta similitud entre documentos en que tanto el informe como una Demanda deben contener y determinar de forma clara los sujetos, la pretensión, la causa de pedir y los hechos constitutivos de solicitud, coincidiendo de esta forma los requisitos exigidos en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—en adelante LEC— a toda Demanda con los exigidos en el 169 LC a todo informe de la Administración Concursal en la pieza de calificación del concurso. Finalmente, respecto a la diferente

¹ Conforme a la Disposición Final Segunda de referido texto legal, el mismo no entrará en vigor hasta el 1 de septiembre de 2020, estando vigente mientras tanto la actual LC.

² Interpretación sostenida por la Sentencia AP Cáceres (Sección 1) de 13 de febrero de 2012 (Rollo 51/2012).

³ En relación a la Jurisprudencia, *vid.* los pronunciamientos efectuados en la Sentencia AP Baleares (Sección 5) de 7 de marzo de 2012 (Rollo 412/2011), Sentencia AP Barcelona (sección 15) de 6 de abril de 2011 (Rollo 523/2010) o la Sentencia AP Orense (Sección 1) de 14 de noviembre de 2012 (Rollo 418/2011).

⁴ *Vid.* respecto a la Doctrina partidaria de esta posición a ROSENDE VILLAR, C., «Comentario art. 169» en CORDÓN MORENO, F. (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, 2ª edición, tomo II, pág. 615.

denominación entre informe y Demanda, sus partidarios entendían que se debía únicamente a la conservación de los términos utilizados en los textos previgentes⁵.

En el lado opuesto se situaba la otra parte de la Jurisprudencia⁶ y de la Doctrina⁷ que entendían que el informe de la Administración Concursal en la pieza de calificación del concurso no podía ser considerado como una Demanda al no guardar semejanza ni compartir las características propias de toda Demanda. Sus argumentos se apoyaban en que, a pesar de que el informe de la Administración Concursal recoge las pretensiones propias de la sección de calificación, no se le puede atribuir el valor de una Demanda con el alcance del artículo 399 LEC.

A mayor abundamiento, destacaban que la redacción literal de la LC en ningún caso se recoge que el informe de la Administración Concursal deba adoptar la forma de Demanda. Finalmente éstos hacían referencia a la distinta motivación de ambos documentos, siendo la Demanda un acto voluntario por naturaleza mientras que el informe de la Administración Concursal en la pieza de calificación del concurso es un trámite de obligado cumplimiento.

Dado el choque entre las posturas existentes, el Tribunal Supremo se pronunció respecto a ello. En este sentido, el alto Tribunal dejó claro que la Ley no sujeta el informe de la Administración Concursal en la pieza de calificación del concurso a una formalidad específica, alineándose inicialmente de esta forma con quienes defienden que el informe de calificación de la Administración Concursal no debe revestir la forma de Demanda. No obstante, el Supremo continúa su argumentación estableciendo que, como quiera que el informe de la Administración Concursal en esta sección —y el dictamen del Ministerio Fiscal— debe contener una petición concreta y las razones que justifican referida petición, puede concluirse que la forma del informe es equivalente a la Demanda⁸. De igual forma, el Tribunal Supremo⁹ se ha pronunciado también respecto a la posibilidad de que el informe de calificación de la Administración Concursal fuera considerado como un informe pericial, dejando claro el Alto Tribunal que el informe de la Administración Concursal no tiene valor de prueba, ni pericial ni de otro tipo, precisando igualmente que ello no quiere decir que el Juzgador no pueda dar valor a las pruebas documentales que se aporten con el informe de la Administración Concursal¹⁰.

Sin embargo, cuanto se ha expuesto ha sido superado con la publicación del TRLC. En este sentido, se erige como una importante y aplaudible novedad el segundo apartado del

⁵ Vid. Sentencia AP Baleares (Sección 5) de 28 de diciembre de 2012 (Rollo 615/2012).

⁶ Vid. Sentencia AP Cáceres (Sección 1) de 24 de febrero de 2009 (Rec. 4/2009). En sentido negativo igualmente se pronuncian Sentencia AP León (Sección 1) de 20 de junio de 2011 (Rollo 272/2011) y Sentencia AP Navarra de 18 de noviembre de 2008 (Rollo 246/2007).

⁷ Vid. GARCÍA- VILLARRUBIA BERNABÉ, M.: «El poder de disposición en la sección de calificación del concurso de acreedores», *Diario La Ley*, n.º 8144, 9 de septiembre de 2013, Ref. D-299 quien expresamente señala como, aunque el informe de la Administración Concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal son los documentos en los que se concretan las que podrían denominarse las “pretensiones” propias de la sección de calificación, no se les puede atribuir el valor de demanda, no al menos con el alcance previsto en el artículo 399 LEC.

⁸ Vid. Sentencia TS de 1 de abril de 2016 (Sentencia 203/2016, Recurso 2616/2013).

⁹ Vid. Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 583/2017 de 27 de octubre de 2017 (Rec. 604/2015) en la que descendiendo al concreto supuesto objeto de enjuiciamiento, se explica el hecho de que no es que la Sentencia recurrida haya dado valor de prueba pericial al informe de la Administración Concursal, sino que asume los criterios técnicos contables utilizados por la Administración Concursal, considerando acreditadas sus alegaciones con fundamento en la prueba documental aportada con el informe.

¹⁰ Es obligada la remisión a las reflexiones efectuadas por el magistrado GRANDE BUSTOS sobre este particular. Vid. GRANDE BUSTOS, E.E., «Breves apuntes procesales sobre la calificación concursal», *Diario La Ley*, n.º 7033, Sección Tribuna, 14 Oct. 2008, Año XXIX, Ref. D-291 quien pone en entredicho la consideración del informe de calificación de la Administración Concursal como informe pericial al ser el autor de ese informe parte actora en el procedimiento. No obstante, el magistrado reconoce la importancia del documento y admite que en ocasiones estos informes pueden tener incluso eficacia probatoria plena.

artículo 448 TRLC, ya que con referido precepto se ha querido zanjar este debate, aclarando que mencionado informe adoptará la estructura propia de una Demanda¹¹.

Se confirma finalmente este extremo en el artículo 451 del Texto Refundido, al recogerse expresamente que la oposición a la calificación deberá efectuarse como un escrito de contestación a la Demanda, precisión que sin embargo no se recoge en el artículo 171 LC actual.

III. PLAZO PARA SU CONFECCIÓN

El plazo para la confección del informe de la Administración Concursal en la pieza de calificación del concurso ha sido una cuestión tradicionalmente discutida. La problemática suscitada ha venido provocada por la incierta fórmula de cómputo de plazo utilizada por el legislador. En este sentido, determinar correctamente cuando comienza y cuando finaliza el plazo del que dispone la Administración Concursal para confeccionar un informe de tal relevancia para el procedimiento concursal es fundamental para evitar la situación de inseguridad jurídica que ha venido provocando el confuso cómputo previsto en la normativa concursal.

Así, el artículo 169 LC señala que el informe de calificación de la Administración Concursal deberá ser presentado dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados. De esta forma, incomprensiblemente debe acudir al artículo 168 LC para conocer que los interesados disponen de un plazo de 10 días para personarse desde la última publicación que se hubiere dado a la resolución que acuerde la formación de la sección sexta y finalmente al artículo 167 LC para conocer que la formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias.

De esta forma, el texto normativo actualmente vigente contempla un sistema que provoca que la Administración Concursal dependa de otras actuaciones que deban efectuarse en el procedimiento para conocer el inicio del cómputo del plazo del que dispone para desarrollar su informe.

Igualmente, se hace recaer sobre los interesados la carga de conocer cuál es la última publicación de la resolución que acuerda la formación de esta sección para poder personarse en la misma, fórmula jurídica ciertamente cuestionable¹².

La problemática en que esta situación coloca a la Administración Concursal para poder efectuar el cómputo del plazo del que dispone para llevar a cabo el informe de la pieza de calificación es evidente, ya que ésta no tiene la obligación legal de conocer cuando se produce la última publicación que se haya dado a la resolución que acuerde la formación de la sección sexta para ser emplazada en la elaboración de un informe.

Ante esta situación de desconcierto e inseguridad, los Juzgados se han visto obligados a intervenir. La fórmula utilizada desde los Tribunales ha sido dictar en el procedimiento una resolución intermedia a medio de la cual se emplaza a la Administración Concursal para

¹¹ Misma precisión se ha querido introducir en el precepto relativo a la estructura del dictamen del Ministerio Fiscal en contraposición con el artículo 169 LC actual.

¹² Esta fórmula de cómputo de plazos no es nueva. El legislador la utiliza en otros apartados de la Ley donde su aplicación es igualmente discutible. Prueba de ello es el artículo 95 LC, el cual establece un plazo de hasta tres días antes de la presentación del informe de la Administración Concursal al Juez del concurso para que los acreedores comuniquen errores o complementos al inventario y a la lista de acreedores. Este precepto es igualmente criticable puesto que obvia que los acreedores ignoran cuando restan tres días a la Administración Concursal para que ésta presente su informe, ya que referido plazo depende a su vez de la fecha en la que se produzca la aceptación del cargo por parte de la Administración Concursal (74.1 LC).

la confección de su informe desde la notificación de referida resolución, subsanando así el deficiente sistema de cómputo previsto legalmente¹³.

La cuestión ha llegado hasta el Supremo, estableciéndose como doctrina que el plazo para la formulación del informe del artículo 169 LC no es automático, sino que el mismo comienza una vez el Juez del concurso de traslado a la Administración Concursal, otorgándole expresamente el consecuente plazo de quince días para la presentación del informe¹⁴.

Incluso el Tribunal Supremo ha ido más allá y ha establecido que está justificado que en determinadas circunstancias el Juez del concurso pueda posponer el inicio del plazo para formular el informe de la Administración Concursal, siempre que concurren circunstancias que lo justifiquen y que la posposición del inicio del plazo sea razonable¹⁵.

De hecho, aun habiendo vencido el plazo para la presentación del informe, existen Tribunales que han admitido el mismo por razones de interés público¹⁶, existiendo doctrina que entiende que no puede considerarse estrictamente aplicable al informe de calificación de la Administración Concursal la preclusión de los actos de parte establecido en el artículo 136 LEC¹⁷. Por el contrario, también existe Jurisprudencia en sentido contrario, argumentando que las razones de orden público y el carácter necesario del informe no justifican admitirlo si se ha presentado el mismo fuera de plazo¹⁸.

Todo ello ha provocado que el TRLC haya incorporado expresamente en su artículo 448 la necesidad de que el Letrado de la Administración de Justicia, una vez haya finalizado el plazo para la personación de los acreedores en esta sección, dicte resolución requiriendo a la Administración Concursal para que en el plazo de 15 días (se entiende que desde esa resolución) presente el informe de calificación del concurso con propuesta de resolución.

De esta forma, el TRLC hace primar el principio de seguridad jurídica y plasma normativamente lo que en la práctica los Tribunales venían ya efectuando.

Finalmente, en relación a la posibilidad de que la Administración Concursal solicitara una prórroga para la confección del informe, entendemos que ésta se encuentra descartada desde el mismo momento en que referida previsión no aparece prevista legalmente a diferencia de lo que ocurre en relación al dictamen del Ministerio Fiscal, cuyo artículo 169.2 LC actual y 449 TRLC prevén expresamente la posibilidad de que el Juez, atendidas las circunstancias, pueda prorrogar dicho plazo por 10 días más. El fundamento parece encontrarse en otorgar al Ministerio Público la posibilidad de que pueda igualar el plazo de 15 días de que dispone la Administración Concursal, ya que inicialmente a éste se le conceden 10 días para la evacuación de su informe, pero que con la prórroga podría irse a 20 días. No

¹³ *Vid.* Sentencia AP Barcelona (Sección 15) de 6 de abril de 2011 (Rollo 523/2010) prueba de que en la que en la práctica los Juzgados dictan una resolución judicial intermedia que da traslado a la Administración Concursal para que efectúe el informe, solucionándose de esta forma la situación de inseguridad provocada.

¹⁴ Así, *vid.* Sentencia TS de 1 de abril de 2014 (Rec. 541/2012) por la que se acuerda rechazar la consideración de que el informe de la Administración Concursal fue presentado fuera de plazo con base en denegar la aplicación supletoria del artículo 133.1 LEC en cuanto al comienzo automático de los plazos que dependen unos de otros. Así, el alto Tribunal entiende que considerar el comienzo del plazo como automático supondría un obstáculo desproporcionado al ejercicio de la acción por parte de la Administración Concursal.

¹⁵ *Vid.* Sentencia TS de 5 de febrero de 2015 (Rec. 1086/2013).

¹⁶ *Vid.* Sentencia AP Oviedo (Sección 1) de 11 de marzo de 2013 (Rollo 243/2012) y Sentencia AP Madrid (Sección 28) de 17 de mayo de 2013 (Rollo 74/2012).

¹⁷ *Vid.* MUÑOZ PAREDES, A., «La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal» en PRENDES CARRIL, P., MUÑOZ PAREDES, A., (Dir.) Tratado Judicial de la Insolvencia, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, tomo II, pág. 664 quien explica esta diferencia de trato a favor de la Administración Concursal en una reminiscencia de la naturaleza semipública del procedimiento concursal.

¹⁸ En este sentido *vid.* Sentencia AP Pontevedra (Sección 1) de 26 de julio de 2012 (Rollo 877/2011) en el seno del concurso del Real Celta de Vigo S.A, donde no obstante y dado que el Juzgador otorgó un nuevo plazo a la Administración Concursal para formular el informe, se entiende que el mismo sí fue presentado en tiempo y forma.

obstante el fundamento, el papel del Ministerio Fiscal sigue estando en esta materia no exento de crítica, la cual compartimos¹⁹.

IV. CONTENIDO DEL INFORME

El contenido que debe tener el informe de la Administración Concursal en la pieza de calificación del concurso es otra de las importantes cuestiones jurídicas que se presentan respecto al mismo.

En este sentido, la exigencia de la Ley²⁰ es que el informe sea *razonado* y *documentado*, pretensiones cuestionables dado el alto grado de imprecisión y subjetividad de las mismas. Y es que, desde el momento en que a la Administración Concursal se le requiere que su informe contenga una propuesta de resolución, la diligencia debida propia del cargo obliga a ésta a efectuar un razonamiento previo consecuente con la calificación que propone, siendo innecesario que el articulado de la Ley exija que su informe sea razonado —más allá de la circunstancia relativa a la necesidad de hacer valer determinados hechos a efectos de segunda instancia²¹—.

Igualmente ha quedado sin fundamento la reivindicación de que el mismo sea documentado, ya que el Tribunal Supremo²² ha fijado como doctrina que si los documentos a los que se refiere la Administración Concursal en su informe obran en los Autos del procedimiento concursal, será suficiente con su mera remisión²³.

Por tanto, la razón de ser de la exigencia relativa a la necesaria documentación del informe sólo tiene virtualidad práctica en aquellos supuestos en los que la Administración Concursal se refiera a nueva documentación no incorporada al procedimiento (de lo contrario efectuaría la oportuna remisión) y de la que haya tenido conocimiento una vez ya ha sido efectuado el informe general de los artículos 74 y 75 LC (290 y ss TRLC), puesto que de no ser así, el análisis de referido documento se habría efectuado con el informe general²⁴.

Pero no son estas exigencias del legislador respecto al contenido del informe la única cuestión objeto de debate en relación a su contenido. Y es que, dado que las conclusiones que la Administración Concursal efectúe en mencionado informe van a ser tenidas en cuenta por

¹⁹ Vid. la opinión respecto al papel del Ministerio Fiscal en la sección de calificación del concurso formulada por GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO en GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N «La pretensión de calificación en el concurso de acreedores», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. n.º5, 2005, págs. 1092-1100 quien señala que la Ley sitúa al Fiscal en la sección de calificación del concurso no solo sin necesidad, sino además sin atribuirle un papel claramente definido.

²⁰ Y que vuelve a recogerse en el TRLC (artículo 448).

²¹ En este sentido, *vid.* SHAW MORCILLO, L «La Administración Concursal» en CAMPUZANO, A., SANJUÁN Y MUÑOZ, E., (Dirs.) *El Derecho de la Insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 411 quien lo justifica advirtiendo del riesgo de que no se tengan en cuenta en instancias superiores determinados hechos si la Administración Concursal no los alega en este momento al constituir la sección de calificación una sección diferente dentro del procedimiento concursal que será enjuiciada únicamente por lo que en ella conste.

²² Vid. Sentencia TS de 22 de abril de 2010 (Recurso 76/2009).

²³ En este sentido, la Administración Concursal podrá remitirse a su informe general confeccionado al amparo de los artículos 74 y 75 LC (290 y ss TRLC) en cuyo apartado relativo a la exposición de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la tramitación del procedimiento establecido en el actual artículo 75.3 LC (292.4.º TRLC) se incluye un primer acercamiento respecto a la calificación del concurso que, a pesar de su provisionalidad y completo sometimiento al informe del artículo 169 LC (448 TRLC), es posible que ya incluyera pronunciamientos y análisis respecto a la documentación examinada en ese instante, que bien pudieran consistir en un adelanto confirmado posteriormente en este momento procesal.

²⁴ Rechazamos la posibilidad de que en el informe de calificación la Administración Concursal efectúe una solicitud de requerimiento de documentación, ya que del contenido del precepto se deduce que el informe debe contener un análisis y una propuesta sobre las pruebas existentes, no con fundamento en hipotéticas informaciones que pudieran interesarse.

el Juzgador a la hora de redactar la Sentencia de calificación²⁵, debe plantearse aquella situación donde el informe de la Administración Concursal no se pronuncie en su propuesta respecto a alguno de los extremos sobre los que necesariamente deba hacerlo el Juez del concurso en la resolución que debe dictar²⁶.

Llegados a este punto, suscita cierta reflexión el hecho de que se esté exigiendo a la Administración Concursal un informe cuyo contenido debe coincidir a su vez con el propio de la Sentencia de calificación²⁷. No debe olvidarse que la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado está encomendada exclusivamente a los Jueces y Tribunales por el artículo 117 de la Constitución Española, suplantándose de alguna manera esta labor cuando la Sentencia reproduce literalmente lo establecido en el informe previo de la Administración Concursal.

Y es que no corresponde a la Administración Concursal —ni se puede hacer recaer sobre ella— la facultad de juzgar, sino que su actuación debe limitarse a proporcionar al Tribunal los elementos de juicio necesarios que entienda relevantes para que el Juez pueda adoptar la decisión respecto a la calificación del concurso. La importancia de la Administración Concursal en esta fase del procedimiento es un hecho cuya conveniencia es compartida, pero ello no debe llevar a hacer recaer sobre este órgano la labor jurisdiccional, la cual pertenece en exclusiva al Juez del concurso²⁸.

Sin embargo, entendemos que la posición de la Administración Concursal en relación a ello sería diferente en el supuesto de que se considerase que la naturaleza jurídica del informe es la propia de un informe pericial. De esta forma la Sentencia podría acoger el pronunciamiento de la Administración Concursal, como se hace de cualquier informe pericial que pueda ser presentado en un procedimiento y que tiene como objeto ilustrar al Juzgado sobre una determinada cuestión. Aquí reside la importancia de este informe para el Juez y la forma de hacer suyo sus pronunciamientos, no copiándolos, sino apoyándose en ellos.

Como quiera que el mandato legal exige de la Administración Concursal un pronunciamiento respecto a la calificación que merecen los hechos puestos de referencia en el informe, se suscitan dudas al respecto en aquellos supuestos en el que los hechos descritos en éste no permitan calificar el concurso como culpable²⁹.

²⁵ *Vid.* Sentencia AP Madrid (Sección 28) de 20 de mayo de 2011 (Rollo 413/2010) en la que se señala que la propuesta de resolución ha de entenderse referida a todos y cada uno de los pronunciamientos de la Sentencia de calificación previstos en el artículo 172 LC.

²⁶ Se han dado diversidad de supuestos. A modo meramente ejemplificativo, existen Juzgados que ante la ausencia de identificación por parte del informe de la Administración Concursal de bienes y derechos que debían devolverse por los intervinientes en el procedimiento, no han podido condenar a devolverlos en la Sentencia (*vid.* Sentencia Juzgado de lo Mercantil nº5 de Madrid de 5 de diciembre de 2006, Concurso 39/2004. Incluso el Tribunal Supremo ha establecido la limitación de las condenas al mínimo legal en el supuesto de que el informe de la Administración Concursal no contenga pronunciamiento alguno al respecto, prueba todo ello de la importancia de las conclusiones alcanzadas por la Administración Concursal en su informe, contenido que incluso puede condicionar el posterior pronunciamiento del Juez del concurso (*vid.* Sentencia TS de 18 de marzo de 2015, Recurso 1331/2013, donde, siendo este extremo contenido necesario de la Sentencia en virtud del 172.2.2º LC, se acuerda que sólo puede establecerse una condena igual al periodo mínimo legal de inhabilitación recogido en la Ley.

²⁷ *Vid.* nuevamente Sentencia TS de 1 de abril de 2014 (Rec. 541/2012) en la que se señala en relación al informe de la Administración Concursal y a las causas alegadas en él por la Administración Concursal, la necesidad de que se declare el concurso como culpable con fundamento en estas causas y que las mismas se recojan en la Sentencia (sorprendentemente, a pesar de que en el supuesto enjuiciado referidas causas no constaban en la Sentencia, la misma no fue recurrida por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal).

²⁸ *Vid.* Sentencia AP Pontevedra (Sección 1) de 3 de abril de 2012 (Rollo 12/2012) en la que se destaca como la Sentencia de Primera Instancia reprocha a la Administración Concursal la falta de concreción de conductas que pudieran calificar a uno de los intervinientes como administrador de hecho, prueba de que el informe de la Administración Concursal en la pieza de calificación del concurso obedece al cumplimiento del mandato legal de proponer al Juez una determinada calificación del concurso.

²⁹ Respecto al contenido del informe de la Administración Concursal cuando proponga la calificación del concurso como fortuito y ante la ausencia de previsión legal al respecto, compartimos la opinión del magistrado MAGRO SERVET, quien considera que en todo caso debe hacerse constar una mera motivación y fundamentación

Y es que para proceder al archivo del procedimiento de forma automática, la Ley exige que tanto el informe de la Administración Concursal como el dictamen del Ministerio Fiscal coincidan en calificar el concurso como fortuito, de lo que se desprende que, a sensu contrario, en aquellos supuestos en los que la propuesta de resolución de cada uno de los informes sea diferente, el concurso no podrá darse por concluido sin responsabilidades. De ello surge la duda respecto a aquella situación en la que la Administración Concursal entienda que el concurso debe tener el carácter de fortuito y el Ministerio Fiscal, en lugar de oponerse o mostrarse favorable, no se pronuncie respecto a ello. Aplicando el artículo 169.2 LC (449.2 TRLC), no es necesario este pronunciamiento del Ministerio Fiscal para que el procedimiento siga hacia adelante, de lo que podría entenderse que igualmente y en este caso, dado el carácter fortuito del concurso razonado por la Administración Concursal, podría dictarse Auto de archivo del mismo³⁰.

Una parte de la Doctrina señala que precisamente la línea marcada por el legislador es la de archivar el procedimiento en caso de que el Ministerio Fiscal coincida o no se oponga con lo manifestado por la Administración Concursal³¹.

No compartimos esta posición dado que entendemos que la utilización de la palabra “coincidieran” en la redacción normativa actual (450.1 TRLC) no es casual. Creemos que esta interpretación choca con la voluntad del legislador expresada en la redacción que en el precepto se utiliza. Y es que si atendemos al término utilizado (“coincidieran”) parece claro que se busca que en aquellos supuestos tan evidentes de ausencia de responsabilidad en el que dos órganos ajenos al Juez adopten la misma postura respecto a la calificación del concurso, por razones de economía procesal, el mismo deba ser archivado. Sin embargo, ello no quiere decir que sea así para aquellas situaciones donde la ausencia de responsabilidad sea apreciada por uno solo de estos órganos, no existiendo por tanto el consenso exigido legalmente³².

Por último, efectuamos una reflexión respecto a la problemática que suscita determinar si el contenido del informe de calificación delimitado legalmente es únicamente una declaración de mínimos —pudiendo consecuentemente la Administración Concursal ampliar éste cuanto estime conveniente— o si por el contrario, el órgano concursal debe ceñirse al mandato legal.

Ante la ausencia de previsión normativa y dado el carácter de apoyo fundamental básico para la posterior Sentencia de calificación, entendemos que si bien la norma general será que el informe se ciña al contenido marcado legalmente, no existe ningún inconveniente para que la Administración Concursal ponga de manifiesto al Juez del concurso otros hechos

necesaria para avalar la alegación de calificar el concurso como fortuito (*vid.* MAGRO SERVET, V., «Artículo 169. Informe de la Administración Concursal y dictamen del Ministerio Fiscal», en *Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2004.

³⁰ La Audiencia Provincial de Barcelona en Auto de 22 de mayo de 2008 (Rollo 249/2008) interpreta que no cabe posibilidad de recurso aunque no exista dictamen del Ministerio Fiscal puesto que con el informe de la Administración Concursal proponiendo el concurso como fortuito ya debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista en el artículo 170.1 LC.

³¹ *Vid.* en este sentido MANZANARO SALINES, J., «Primeras cuestiones acerca de la sección de calificación del concurso según la nueva Ley Concursal», en *Práctica de Tribunales*, nº 6, Sección Práctica Procesal, Junio 2004, pág. 44, Editorial La Ley. A pesar de ello, el autor aboga por no entender la falta de oposición del Ministerio Fiscal como consentimiento, para no favorecer a quienes pudieran tener la calificación de culpable, afectados o cómplices.

³² Coincidimos con la argumentación contenida en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Bilbao de 13 de abril de 2007 en el que, ante el informe de la Administración Concursal calificando el concurso como fortuito y la ausencia de dictamen del Ministerio Fiscal, el Juzgado acuerda archivar el procedimiento pero, dado que no se cumple el requisito de coincidencia entre Administración Concursal y Ministerio Fiscal, lo hace con posibilidad de recurso.

que a su entender sean también relevantes para la calificación del concurso, siempre que se cumpla con el mandato de mínimos del 169 LC (448 TRLC)³³.

V. EL INFORME DE CALIFICACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE REAPERTURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

La reapertura de un procedimiento concursal por incumplimiento del convenio suscrito entre deudor y acreedores plantea que la Administración Concursal deba asumir nuevamente la obligación de emisión de un informe.

Respecto a éste, la Ley únicamente señala que el mismo se limitará a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable, manteniéndose la duda respecto al tipo de incumplimiento que referido informe debe analizar, es decir, si únicamente debe ceñirse a examinar las causas del incumplimiento³⁴ o si por el contrario puede entrarse a revisar todas las conductas de los artículos 164 y 165 LC con independencia de si las mismas hubiesen surgido antes o después de la aprobación del convenio, salvo que se trate de hechos examinados en la calificación anterior³⁵.

Nos posicionamos a favor de la primera de las posturas por entender que el informe de la Administración Concursal en los casos de reapertura de la fase de calificación debe limitarse a la concreta causa que desencadena la apertura de esta fase. Fundamentamos nuestra postura en la circunstancia relativa a que el mandato del legislador contenido en el artículo 169.3 LC es claro al circunscribir el pronunciamiento del órgano concursal a determinar las causas del incumplimiento del convenio por ser mencionado motivo el que provoca la reapertura de la sección de calificación inicialmente archivada³⁶.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuestión, determinando que respecto a las causas de calificación, el ámbito de conocimiento de la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado³⁷.

Llegados a este punto, surge la duda respecto a si el contenido que debe tener este documento que se desarrolla en el supuesto de reapertura del procedimiento se agota con lo expuesto en el 169.3 LC o si el mismo puede adoptar además parte del contenido del informe de la pieza de calificación habitual (169.1 LC).

Compartimos la idea de que, a pesar de la limitación del contenido del informe cuando este es fruto de la reapertura del procedimiento (169.3 LC), lo deseable es que este informe cumpla también con la exigencia de ser documentado y razonado³⁸. Más aún en los supuestos en los que la Administración Concursal proponga la calificación del concurso como culpable tras la reapertura del procedimiento, para asegurar de este modo que el mismo sea lo más

³³ Vid. Sentencia Juzgado de lo Mercantil nº1 de A Coruña de 28 de diciembre de 2006 (Proc. 100/2004) en la que se recoge que en el caso del informe de la Administración Concursal y a diferencia del dictamen del Ministerio Fiscal, la Ley detalla el contenido mínimo que debe tener referido informe cuando se proponga la calificación del concurso como culpable.

³⁴ Apoya esta postura la Sentencia AP Barcelona (sección 15) de 27 de mayo de 2013 (Rollo 43/2013).

³⁵ Vid. como representante de esta corriente la Sentencia AP Oviedo (Sección 1) de 11 de marzo de 2013 (Rollo 243/2012).

³⁶ En igual sentido GARCÍA- CRUCES, J.A., «Comentario art. 169» en ROJO, A., BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, tomo II, p. 2562.

³⁷ Vid. Sentencia TS de 13 de abril de 2016 (Recurso 2910/2013) en la que se detallan además las dos tesis a las que se ha dado lugar en la doctrina y en la práctica concursal en relación a este particular.

³⁸ Así PRADA GAYOSO, F., «El informe de la Administración Concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal» en ROJO, A., CAMPUZANO, A (Dirs.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pág.514.

garantista posible mediante el análisis de todas las circunstancias y elementos de juicio que han llevado a la Administración Concursal a efectuar la propuesta de calificación culpable.

La problemática suscitada en esta reapertura no se agota con cuanto se ha expuesto, ya que finalmente no se encuentra en la Ley plazo alguno para la confección del informe de la Administración Concursal en los supuestos de reapertura de la sección de calificación. Acudir a la interpretación analogía entre preceptos parece la única opción, dado que de esta forma, la Administración Concursal dispondría igualmente de quince días para la realización del documento, comenzando mencionado cómputo, por razones de seguridad jurídica, desde que la Administración Concursal sea emplazada para efectuar el mismo. De este modo se evitaría que el comienzo del plazo dependa de la resolución que acuerde la reapertura de la sección de calificación, subsanando así la deficiencia detectada en el plazo otorgado a la Administración Concursal para la confección del informe de la pieza de calificación en los supuestos ordinarios.

VI. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA CONFECCIÓN DEL INFORME

Que la Administración Concursal no cumpla en tiempo y forma con el importante mandato que el legislador le encomienda en la pieza de calificación de todo procedimiento concursal tendría evidentes consecuencias, no solo para la Administración Concursal, sino también para el propio procedimiento concursal.

Y es que con su falta de entrega (o con su elaboración deficiente) se vería significativamente afectado el desarrollo procesal del procedimiento. La consecuencia más inmediata de no disponer de informe —o que el mismo no cumpliera la función encomendada legalmente en esta pieza de calificación— es que el Juez del concurso carecería del soporte necesario para redactar la Sentencia de calificación que ponga fin al concurso.

Destacamos referida circunstancia ya que no existe previsión alguna en la Ley para aquellos supuestos en los que el informe del artículo 169 LC no se haya confeccionado, de lo que se deduce la inequívoca intención del legislador de que exista necesariamente el mismo.

Por esta razón, el examen de la responsabilidad en la que incurriría la Administración Concursal por no cumplir con el mandato legal y las consecuencias de su actuación deben analizarse partiendo del hecho de que no puede continuar la tramitación del procedimiento en la fase de calificación del concurso sin que el Juez disponga del preceptivo informe de la Administración Concursal³⁹.

Es por ello que entendemos necesario efectuar una reflexión respecto a la posible aplicación a la Administración Concursal del sistema de pérdida de retribución previsto en el artículo 74.4 LC para incumplimientos relacionados con el informe de las masas activa y pasiva. Referido precepto está previsto como decimos para los supuestos de incumplimiento del plazo de presentación del informe general de la Administración Concursal que debe elaborarse en la fase común del procedimiento. La cuestión que planteamos es la posibilidad de que la entrega del informe fuera de plazo en la pieza de calificación, también llevase aparejada la sanción de pérdida de la retribución percibida por la Administración Concursal, prevista en la Ley para el informe de los artículos 74 y 75 LC, dado el tipo de mandato que en ambos informes se contiene⁴⁰.

³⁹ *Vid.* Sentencia AP Murcia de 25 de enero de 2018 (recurso 1090/2017) en el que se deja claro que el informe de calificación de la Administración Concursal es un acto necesario que imperativamente debe figurar en el procedimiento aunque sea fuera del plazo previsto en el artículo 169 LC, al margen de la responsabilidad en que pudiera incurrir la Administración Concursal por su actuación no tempestiva.

⁴⁰ Se cuestiona también esta posibilidad el profesor GARCÍA- CRUCES. *Vid.* GARCÍA- CRUCES., J. A., «Tramitación y sustanciación de la sección de calificación» en GARCÍA- CRUCES., J. A., *La calificación del concurso*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág.82 quien finalmente rechaza su aplicación por ser una sanción con fundamento en la mera analogía.

Para hallar una respuesta, entendemos que existe un importante matiz que debe ser definido previamente. Y es que la penalización accesoria que representa el artículo 74.4 LC constituye la pérdida de la retribución fijada por el Juez del concurso y de las cantidades percibidas hasta ese momento por la Administración Concursal. Sin embargo, en el momento procesal en que se elabora el informe de calificación del procedimiento (última sección del mismo) es demasiado gravoso para la Administración Concursal la obligación de devolver las cantidades percibidas, ya que la inmensa mayoría de las funciones encomendadas, ya han sido cumplidas en tiempo y forma, lo que supondría una sanción accesoria completamente desproporcionada.

Por lo tanto, entendemos que la presentación extemporánea u incorrecta del informe de la Administración Concursal debe tener, en caso de acreditarse la concurrencia de referidas circunstancias, las consecuencias previstas en el régimen general de responsabilidad de la Administración Concursal previsto en el artículo 36 LC. Posteriormente y en función de si el grado de incumplimiento es tal que el informe deba considerarse como no presentado, podrá valorarse igualmente la aplicación del régimen de separación del artículo 37 LC. Sin embargo, rechazamos la aplicación por desmedido del régimen sancionador complementario del 74.4 LC ya que la obligación de devolver la totalidad de la retribución percibida a lo largo del procedimiento por una actuación negligente en la última fase del mismo se sitúa fuera de todo parámetro de razonabilidad.

VII. CONCLUSIONES

El informe que debe elaborar la Administración Concursal en la pieza de calificación del concurso es un documento que va más allá del mero cumplimiento de un requerimiento formal. Probablemente por esta razón —y por la en ocasiones deficiente redacción normativa— la doctrina y la Jurisprudencia han venido encontrando enfrentadas sus posiciones en diferentes aspectos del mismo.

La naturaleza jurídica del informe y el pleno convencimiento de buena parte de la Doctrina y la Jurisprudencia respecto a la consideración de este documento como una verdadera Demanda suscitaron controversias, más aún cuando la intervención del Tribunal Supremo, en lugar de solucionar la cuestión, sirvió para mantener las dudas al respecto. No obstante, el legislador sí que ha resuelto la problemática con la introducción del segundo apartado del artículo 448 TRLC, ya que con referido precepto se ha aclarado que mencionado informe adoptará la estructura propia de una Demanda

Tampoco podía desconocerse el deficiente sistema de cómputo de plazos para la elaboración del informe diseñado por el legislador actual, circunstancia que obligó a la intervención de los Tribunales, teniendo éstos que fijar claramente la fecha a partir de la cual debe partirse en el cómputo, esfuerzo bien recibido pero que sería necesario aplicarlo también a otros apartados del texto normativo. El legislador no obstante ha intervenido nuevamente en el TRLC solucionando la problemática con la introducción del artículo 448 en el que se señala la necesidad de que el Letrado de la Administración de Justicia, una vez haya finalizado el plazo para la personación de los acreedores en esta sección, dicte resolución requiriendo a la Administración Concursal para que en el plazo de 15 días presente el informe.

Finalmente, la huérfana previsión del legislador respecto a las consecuencias que tendría para la Administración Concursal no elaborar el informe en tiempo y forma suscita la posibilidad de que se le apliquen diferentes regímenes sancionatorios. Si bien esta cuestión no ha sido expresamente tratada en el TRLC que va a entrar en vigor el 1 de septiembre de 2020, entendemos completamente rechazable por desproporcionada la aplicación analógica de la pérdida de retribución percibida hasta el momento, que se prevé en otros apartados de la LC actualmente vigente.

BREVES APUNTES A LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Alejandro Zornoza Somolinos

Fecha de recepción: 13 de octubre de 2020
Fecha de aceptación: 10 noviembre de 2020

RESUMEN: Este trabajo ofrece un breve análisis sobre algunos aspectos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo sobre responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial.

ABSTRACT: This paper provides a brief analysis on some aspects of the Proposal for a Regulation of the European Parliament on liability for the operation of Artificial Intelligence-systems.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial, responsabilidad, Reglamento, operador, daños.

KEYWORDS: Artificial intelligence, liability, Regulation, operator, damages.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Cuestiones generales. 3. Regímenes de responsabilidad. 4. Sujetos responsables. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)) supone un nuevo paso en el proceso de regulación de la robótica y la inteligencia artificial (IA).

En el Anexo de dicha Resolución se encuentran las Recomendaciones detalladas para la elaboración de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA, que integran a su vez una Propuesta de Reglamento (en adelante, PR) sobre el régimen de responsabilidad civil que deberá operar en los casos en que un sistema de IA cause daños a un tercero. En las siguientes páginas se comentan algunos aspectos de esta PR.

2. CUESTIONES GENERALES

Lo primero que cabe destacar es que la PR cierra todas las puertas que el propio Parlamento Europeo abrió a una particular regulación en 2017, cuando aprobó la Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)).¹ Sobre la premisa (establecida por el propio Parlamento) de que cuánto más autónoma es una máquina, más difícil es que sea considerada un producto en manos de otro agente, se puso sobre la mesa la posibilidad de que a los robots más avanzados se les reconociera una personalidad jurídica propia, con el objeto de que pudieran hacerse cargo de los daños que ocasionasen a terceros, y también la idea de articular un peculio digital, que sería del propio robot, y cuyas cantidades servirían para reparar los daños que éste causase.

¹ Una crítica al contenido de esta Resolución fue hecha en A. ZORNOZA, M. LAUKYTE, “Robotica e diritto: riflessioni critiche sull’ultima iniziativa di regolamentazione in Europa” *Contratto e Impresa-Europa*, Año XXI, número 2, 2016, pp. 808-819.

Estas y otras propuestas, que llegaron a calar entre un grupo relativamente nutrido de autores, encuentran su final en la PR: respecto de la personalidad electrónica, el punto 6 de la Exposición de Motivos señala que “*Cualquier cambio necesario del marco jurídico vigente debe comenzar con la aclaración de que los sistemas de IA no tienen personalidad jurídica ni conciencia humana*”, y se completa con el art. 1 PR, que fija como objeto del texto “*las demandas por responsabilidad civil de las personas físicas y jurídicas contra los operadores de sistemas de IA*”, es decir, contra las personas que se valen de un sistema de IA, y no contra el sistema de IA. Por su parte, la idea del peculio también se rechaza (aunque no expresamente) y es sustituida por la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil (art. 4.3 PR).

La PR devuelve la regulación de la robótica a sendas más coherentes, pero no por ello mejor diseñadas.

Como suele ser habitual en este tipo de documentos, se ofrece una redacción provisional sustancialmente mejorable, sobre todo en aquellos apartados que contienen definiciones o aclaraciones. Así por ejemplo, se define el sistema de IA como “*todo sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que muestra un comportamiento que simula la inteligencia, entre otras cosas, mediante la recopilación y el tratamiento de datos, el análisis y la interpretación de su entorno y la actuación, con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos*” (art. 3.a PR) se matiza que, autónomo, es “*todo sistema de inteligencia artificial que funciona interpretando determinados datos de entrada y utilizando un conjunto de instrucciones predeterminadas, sin limitarse a ellas, a pesar de que el comportamiento del sistema esté limitado y orientado a cumplir con el objetivo que se le haya asignado y otras decisiones pertinentes de diseño tomadas por su desarrollador*” (art. 3.b. PR).

El problema viene por la última parte del art. 3.b (*utilizando un conjunto de instrucciones predeterminadas, sin limitarse a ellas*), que nos lleva a preguntarnos si el Parlamento Europeo ha vuelto a apuntar demasiado alto: *grosso modo*, la IA puede clasificarse en IA fuerte e IA débil. La IA débil es con la que nos relacionamos hoy en día (sistemas de IA que procesan mayor o menor cantidad de datos y que realizan operaciones lógicas, muchas de ellas inalcanzables para una persona), y la IA fuerte es aquella que funciona como una red neuronal biológica, permitiendo al sistema alcanzar reflexiones que, en principio, quedarían fuera de su ámbito de trabajo. A modo de ejemplo: una IA débil saber jugar al ajedrez, y una IA fuerte se plantea que entre el ajedrez y las damas hay cierto parecido. El problema es que la IA fuerte todavía no existe.

De la Exposición de Motivos se desprende la preocupación de la PR por garantizar hoy la protección de los perjudicados por un sistema de IA, pero

el art. 3.b parece orientar el texto únicamente a los sistemas de IA fuerte. Así, en su intento por abordar toda la casuística posible, y de elaborar un texto con contenido que no requiera ser modificado a corto y medio plazo, el Parlamento Europeo nos obliga a recurrir a una interpretación teleológica de la PR demasiado pronto.

La PR es aplicable a los daños causados por un sistema de IA como resultado de una actividad física o virtual. Por medio de esta dualidad el texto nos está diciendo que la PR no se dirige sólo a lo que popularmente llamamos robots (máquinas autónomas con capacidad ambulatoria), sino también a los sistemas de IA que carecen de cuerpo físico (bots), como los sistemas de IA destinados a actividades de inversión financiera. Por tanto, el daño puede ser de diferente naturaleza: personal, material, económico, y probablemente moral (por ejemplo, en casos de daño a la reputación de una marca).

3. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD

La PR establece dos regímenes de responsabilidad, en función del tipo de sistema de IA que haya causado el daño: por un lado, establece una responsabilidad objetiva para los daños causados con sistemas de IA de alto riesgo (art. 3 PR), y por otro, una responsabilidad subjetiva para los daños causados con sistemas de IA que no supongan un alto riesgo (art. 8 PR).²

Con base en el art. 3.c PR, por “alto riesgo” se entiende *“el potencial significativo de un sistema de IA que funciona de forma autónoma para causar daños o perjuicios a una o más personas de manera aleatoria y que excede lo que cabe esperar razonablemente; la magnitud del potencial depende de la relación entre la gravedad del posible daño o perjuicio, el grado de autonomía de la toma de decisiones, la probabilidad de que el*

² En gran medida, se parece al régimen de responsabilidad civil que los ordenamientos del *common law* tienen establecido para los supuestos de daños causados por animales, en los que el tipo de responsabilidad que se exige del propietario del animal se hace depender de la peligrosidad del animal (responsabilidad objetiva para el propietario de especies peligrosas y responsabilidad subjetiva para el propietario de especies no peligrosas), a diferencia de los sistemas de *civil law*, en los que la responsabilidad del propietario del animal es siempre objetiva, cualquiera que sea la naturaleza del animal, y sólo se exige causalidad material. De muestra, el art. 1905 de nuestro Código Civil: *“El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que le hubiese sufrido”*.

riesgo se materialice y el modo y el contexto en que se utiliza el sistema de IA”.

Aunque resulte obvio, conviene aclararlo: el alto riesgo no se refiere al potencial de un sistema que ha sido diseñado *para* causar daños, sino al potencial que tiene un sistema *de* causar daños. Para los sistemas de alto riesgo, además, se exige que la responsabilidad civil quede cubierta por un seguro obligatorio de sistemas de IA (de momento, por abreviar, lo llamaremos, SOSIA).

La idea de establecer un SOSIA parece prematura, teniendo en cuenta que no hay datos históricos sobre reclamaciones, daños valorados o peligrosidad de los sistemas, por lo que sería prematuro imponer a los operadores (especialmente a los operadores finales, de los que ahora nos encargaremos) la contratación de un seguro.

Para los sistemas de IA que no sean de alto riesgo no está previsto el SOSIA, de modo que la reparación del daño irá a cargo del patrimonio del responsable (o quizás a cargo de un seguro voluntario de responsabilidad civil). En todo caso, se trata de una culpa presunta, pues cabe la posibilidad de exonerar al responsable si el daño se debió a causa de fuerza mayor o si éste prueba su diligencia.

A este respecto, el art. 8.2 considera que la diligencia debida concurre si (a) el sistema se activó sin conocimiento del operador, y siempre que hubiera tomado las medidas necesarias para evitar que se produjera esa activación, o (b) que demuestre que el sistema de IA escogido era el adecuado para las tareas para las que lo necesitaba, o que demuestre que al momento de producirse el daño puso el sistema en funcionamiento correctamente, o que demuestre que estaba controlando adecuadamente las actividades del sistema cuando se produjo el daño, o que demuestre que a pesar del daño producido, el sistema se encontrase actualizado. Todas estas posibilidades no son acumulativas, sino alternativas, lo que significa que basta con que se dé una de ellas para entender adoptada la diligencia debida. Así, se pretende evitar que el operador esconda su negligencia en la autonomía del sistema, pero queda la duda de saber si estas acciones tienen la capacidad de anularse entre sí: por ejemplo, si alguien no escogió el sistema adecuado pero sin embargo sí que lo mantenía actualizado.

Los apartados (a) y (b) deben leerse a la luz del art. 8.3 PR, que responsabiliza al operador del pago de una indemnización por los daños causados cuando, aun sabiéndose que fue un tercero el culpable del daño, por haber interferido en el sistema de IA por medio de una modificación de su funcionamiento o sus efectos, dicho tercero esté ilocalizable o sea insolvente.

4. SUJETOS RESPONSABLES

La PR señala como responsable de los daños a un sujeto concreto (el operador) que en realidad pueden ser una o varias personas. Siguiendo las definiciones de los apartados (d), (e) y (f) art. 3 PR, respectivamente, por operador debe entenderse tanto el operador final como el operador inicial. El operador final es *“toda persona física o jurídica que ejerce un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de AI y se beneficia de su funcionamiento”*. La PR no lo dice, pero podemos entender que se trata, o bien del usuario/poseedor del sistema, o bien del propio desarrollador del sistema que se vale de los datos que obtiene cuando el sistema está funcionando.³ Por su parte, el operador inicial es la *“persona física o jurídica que define, de forma continuada, las características de la tecnología y proporciona datos y un servicio final de base esencial y, por tanto, ejerce también un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y funcionamiento del sistema de IA”*, es decir, el programador que ofrece su sistema como servicio y se mantiene vinculado a él por medio del trabajo continuado sobre el mismo.

La PR trata de manejar a una pluralidad de sujetos a través de la sola expresión de “operador”, y lo hace a costa de la claridad del texto. A mayor abundamiento, se establece también una delimitación entre el operador (en su vertiente más mercantilista) y el fabricante del sistema o de un producto que lleve incorporado el sistema del operador.

Por fabricante o productor, debe entenderse el concepto que maneja la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, es decir, aquella persona que fabrica un producto acabado, fabrica una parte integrante del mismo o se presenta introduciendo el producto en el mercado. Y en este sentido, el art. 8.4 PR enuncia que *“A petición del operador o de la persona afectada, el productor de un sistema de IA tendrá la obligación de cooperar con ellos y de facilitarles información en la medida que lo justifique la relevancia de la demanda”*.

El requerimiento al productor se parece más un intento de contentar a las asociaciones de consumidores que a una solución real. El gran lastre de la Directiva 85/374/CEE siempre ha sido la carga de la prueba, que recae sobre el usuario (ahora operador final), quien debe probar que entre el daño sufrido y el defecto concreto existe causalidad, lo que en muchas ocasiones es altamente complicado y costoso en términos de dinero y tiempo. Este régimen no prevé una inversión de dicha carga, y dado que sólo requerirá el

³ Por ejemplo, es lo que tradicionalmente encontramos en las políticas de privacidad bajo la fórmula “usamos sus datos para mejorar el servicio”.

auxilio del productor cuando esté justificado (según la valoración del Tribunal, se entiende) no se entiende cómo se garantiza una adecuada depuración de responsabilidades.

5. CONCLUSIONES

La PR ofrece una salida coherente a la regulación de la robótica, pero cabe lamentar que estos esfuerzos no hayan quedado reflejados con mayor claridad en el texto, especialmente en lo que se refiere al doble juego operador inicial-operador final, que tanto complica su entendimiento. Dada la falta de datos y experiencias previas, La imposición de un SOSIA parece todavía prematura, del mismo modo que lo parece la fórmula buscada para ponderar la peligrosidad de los sistemas. Con todo, el sabor agridulce de la PR se ve compensado con la idea de que un Derecho apropiado para la IA queda vez más cercano.

6. BIBLIOGRAFÍA

- A. ZORNOZA, M. LAUKYTE, “Robotica e diritto: riflessioni critiche sull’ultima iniziativa di regolamentazione in Europa”, *Contratto e Impresa-Europa*, Año XXI, número 2, 2016, págs. 808-819.
- Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias administrativas de los Estados Miembro en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. DOUE, número L 210/29, de 7 de agosto de 1985.
- Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)).
- Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)).

LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL VASCO

THE SOURCES OF BASQUE CIVIL LAW

José Ángel Torres Lana
Catedrático Emérito de Derecho civil

Fecha de recepción: 22 de septiembre de 2020
Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2020

RESUMEN: La presente aportación analiza el sistema de fuentes del Derecho vasco, tal y como resulta de la reciente ley 5/2015 de 25 de junio de Derecho civil vasco. De acuerdo con ella, las fuentes del Derecho civil vasco son las disposiciones de la propia ley, la costumbre y los principios generales del Derecho vasco. No lo es, en cambio, la jurisprudencia, cuya misión es depurar e integrar los preceptos del Derecho civil vasco. El Código civil español es el Derecho supletorio en defecto de ley o de costumbre foral aplicable.

ABSTRACT: This paper analyses the Basque system of sources of the Law, as it has been settled by the recently approved Ley 5/2015, of June 25, de Derecho civil vasco. According to this Act, the sources of Basque Civil Law are the rules of the same Act 5/2015, the Custom and the General Principles of Basque Civil Law. Jurisprudence is not a source of Basque Civil Law, but its aim is to refine and complement the rules of it. The Spanish Civil Code is the supplementary Law in the case of a legal loophole, that is to say when a legal rule or a custom do not exist or are not applicable to the case.

PALABRAS CLAVE: Fuente del Derecho, ley, costumbre, principios generales del Derecho, jurisprudencia, Derecho supletorio, Código civil.

KEYWORDS: Sources of law, Law, custom, general principles of Law, jurisprudence, supplementary Law.

SUMARIO: 1. Planteamiento; 2. El sistema de fuentes del Derecho civil vasco; 3. Análisis del sistema de fuentes creado; 4. Prelación de fuentes en el Derecho civil vasco; 5. Valor y función de la jurisprudencia; 6. El Derecho supletorio.

1. PLANTEAMIENTO

La investigación sobre un tema del llamado Derecho civil foral o especial supone ingresar en una realidad que plantea, de principio, la rica temática de su producción y manifestación. Ello es consecuencia de la particular organización del Estado español, cuyo carácter plurilegislativo alcanza incluso al Derecho civil, apartándose del modelo unificador que formalmente se ha venido siguiendo desde la constitución de Cádiz. Ahora bien; una realidad plurilegislativa carece de sentido sin medios propios de producción jurídica. Reiterar esta obviedad ya no es necesario en la actualidad. Pero ello es así porque hace ya algún tiempo que cristalizó un proceso de signo contrario, iniciado hace tres siglos, que no sólo suprimió normas e instituciones propias de diferentes regiones españolas, sino que cegó también su sistema de producción jurídica, acreditando que ya entonces había consciencia de que la unificación jurídica de un país era un problema, entre otros, de fuentes del Derecho.

En el orden civil, la recuperación de la plenitud de las competencias en las regiones con Derecho propio no logró alcanzarse hasta la aprobación de la Constitución de 1978. A partir de ese momento, la producción jurídica autonómica de carácter civil ha experimentado un aumento exponencial; en algunos casos, desmesurado o, por mejor decir, desaforado.

No ha sido éste precisamente el caso del País Vasco, cuya producción normativa de carácter civil ha estado presidida por una innegable prudencia, a la que no ha sido ajeno el propio carácter plurilegislativo de su sistema jurídico civil interno. En él, en efecto, llegan a coexistir con muy diferente ámbito territorial de aplicación hasta cuatro sistemas diferentes, de los que uno, además, es heterónimo.

Ello, no obstante, tanto su ámbito institucional como su propia expresión formal han experimentado un más que notable crecimiento desde la Compilación de 1959 hasta la Ley actualmente vigente. La Compilación de Derecho civil vasco fue la primera en promulgarse. Anudada al Congreso de Zaragoza de 1946, que sustituyó el sistema de apéndices al Código civil por el de Compilaciones, presenta todavía un cierto carácter apendicular, que comparte con las otras compilaciones de la primera hornada (acaso todas, menos la aragonesa y la navarra). Desde luego, carecía de un sistema de fuentes propio.

No es de extrañar, por ello, que la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil vasco, ampliase notablemente su ámbito institucional, basado ya en el art. 149.1, 8ª, de la CE, y, especialmente por lo que nos importa, contuviese un sistema propio de fuentes del Derecho. La Ley de 1992 había sido fruto de un tenso proceso que enfrentó a quienes pretendían la unificación del Derecho civil vasco y quienes pretendían la conservación de la personalidad

territorial de sus instituciones¹. Incluso el sistema de fuentes diseñado en el art. 1 se resintió a consecuencia del poder de esta fuerza centrífuga.

Sea como fuere, el sistema de fuentes que aparece instalado en el art. 1 de la Ley de 1992 es muy similar al actual. Junto al mismo, la regulación fue crecedera respecto a la Compilación de 1959, pero desigual. Se optó entonces por una estructura rígidamente territorializada, de manera que cada uno de los tres Libros de que esta Ley se componía se dedicaba en exclusiva regular el Derecho de cada uno de los Territorios Históricos y sólo de éste. El ladillo de cada Libro subrayaba esta rigidez: “Del fuero civil de...” y aquí el nombre de cada Territorio Histórico. La desigualdad aparecía con nitidez en la distribución del contenido de cada uno de los Libros. La parte del león se la reservó el Derecho de Vizcaya, mientras que el Libro III, dedicado a Guipúzcoa, quedaba en un puro embrión, integrado por un solo artículo (el 147). En medio, con apenas docena y media de artículos, quedaba el Derecho de Álava (recogía el fuero de Ayala y el régimen aplicable a Llodio y Aramayona). La Ley 3/1999, de 26 de noviembre, equilibró el problema, añadiendo un nuevo Libro III, de mayor enjundia y recorrido, y ampliando de forma notable el ámbito institucional de la Ley, aunque sin poder disimular que se trataba de una operación de parcheo en la que se echaba en falta el esperado y deseable elemento integrador. La Ley de 1992 se completaba con un Título preliminar dedicado a las fuentes del Derecho, en el que el sistema actualmente vigente se ha inspirado muy directamente.

Si hubiera que destacar alguna característica singular de la regulación derogada por la Ley 5/2015, ésta sería seguramente la cuidadosa fijación y determinación del ámbito territorial de aplicación de cada uno de los libros que integraban la norma. El cuidado es especial en lo referente al Fuero de Vizcaya. Se dedicaron, en efecto, a esta cuestión los arts. 5 a 11, con referencias incluso a la delimitación y calificación urbanística del suelo según el planeamiento vigente de cada núcleo urbano (art. 7). Tanta atención era seguramente necesaria para desembrollar la madeja establecida por la Compilación de 1959 en sus arts. 2 y 3, pero el problema radicaba no tanto en la articulación técnica de la solución cuanto en el hecho de la coexistencia de dos sistemas jurídico civiles sobre el mismo Territorio Histórico: el aplicable en el Infanzonado, regulado en la Ley, y el aplicable en las villas no aforadas – también la ciudad de Orduña y el término municipal de Bilbao de entonces –, sometidas a la legislación civil general (art. 6). La atención se reiteró respecto al fuero de Álava en los arts. 131 y siguientes y 146, con referencia a los municipios de Llodio y Aramayona, regidos desde siempre por el Fuero de Vizcaya. Por el contrario, la Ley 3/1999, como anteriormente lo hizo el art. 147, determinó la equivalencia exacta entre la aplicación del Fuero de Guipúzcoa y el correspondiente Territorio Histórico (art. 148).

¹ *Vid.*, sobre el mismo, la excelente aportación de C. ASÚA-J. GIL-J. J. HUALDE, “Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho civil vasco”, en J. SIMANCAS-R.. BERCOVITZ (Dirs.) *Derechos civiles de España*, I, Madrid, 2000, págs. 131 y sigs., en especial, 145 y sigs.

La Ley 5/2015, de tramitación meteórica y con una sorprendente escasez de enmiendas, ha modificado sustancialmente los criterios que acabo de exponer. Podría decirse que ha sido esta vez la corriente unificadora la que ha salido triunfante, al menos parcialmente triunfante. De ahí la configuración de la vecindad civil vasca –general, pero compatible con la local-- y también la sencillez con la que define su propio ámbito territorial de aplicación (art. 8) Ello no obstante, una segunda delimitación de dicho ámbito territorial de aplicación respecto a determinadas instituciones sigue presentando una importancia especial, expresiva de un reparto institucional entre los Territorios Históricos. Así se aprecia en la regulación de la troncalidad (arts. 61 y 65 de la Ley, en el que hay también una referencia a planos elaborados por las Juntas Generales de Vizcaya de 1994, acreditativa de que el problema sigue sin ser de fácil solución); así también respecto a la aplicación del Fuero de Ayala y la libertad de testar (art. 88) o las normas sobre ordenación del caserío, aplicables en Guipúzcoa (arts. 96 y siguientes).

En cualquier caso, una primera aproximación sugiere que la tendencia unificadora se ha apoyado con mayor intensidad en el antiguo Fuero civil de Vizcaya, bastantes de cuyas instituciones se han expandido hasta adquirir una aplicabilidad general en los tres Territorios Históricos.

La reflexión sobre las fuentes del Derecho civil vasco exige también una reflexión sobre el Título Preliminar. Sólo el primero de los Capítulos en los que se divide se refiere a las fuentes del Derecho, pero el segundo, en el que se enumeran los sedicentes principios inspiradores de la Ley civil vasca se encuentra en íntima relación, en la medida en que tales principios se incardinan dentro del sistema de fuentes. Junto a ello, el Título I reitera el tema, dedicándose a la regulación de los que llama principios de Derecho patrimonial. Unos y otros generan dudas a la hora de integrarlos dentro del sistema de fuentes, por lo que no es fácil evitar la tendencia a entrar en su análisis.

Por otro lado, una visión general del Capítulo I del Título Preliminar pone de relieve que, de alguna manera, desborda el contenido expresado por su ladillo “De las fuentes del Derecho civil vasco”. En efecto; en él hay más que una mera enunciación de las fuentes. Incluye también una no fuente –la jurisprudencia-- y un principio general, cuya sede, posiblemente hubiera debido ser el Capítulo II. No incluye, en cambio, al menos no expresamente, un orden de prelación de fuentes, aunque sí determina el Derecho supletorio, al hilo del cual podría reconstruirse este orden de prelación. La cuestión es importante no sólo por la transcendencia del Derecho consuetudinario en la regulación sobre todo de las sucesiones, sino también por la que se ha querido atribuirles a los principios que conforman el contenido del Capítulo II.

2. EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO CIVIL VASCO

El texto vigente del art. 1 de la Ley se inspira muy directamente, como ya he indicado, en el art. 1 de la Ley 3/1992. Influyó decisivamente en los diversos anteproyectos de los que el texto vigente es un precipitado. La redacción de éstos era similar a la de la Ley derogada, sin otros cambios, como podrá apreciarse inmediatamente, que el de la denominación atribuida al territorio sometido a su régimen.

El primero de estos anteproyectos, de 1999, proponía la siguiente redacción del art. 1:

“1. Constituyen el Derecho civil foral del País Vasco las disposiciones de esta ley, la costumbre y los principios generales del Derecho que lo inspiran, de acuerdo con su tradición foral. -- 2. La ley civil puede ser modificada, completada y desarrollada por el Parlamento Vasco. -- 3. La costumbre que no sea notoria deberá ser probada.”

El Anteproyecto de 2000 alteró levemente la fórmula del número 2 del artículo, es decir, la referida a la competencia del Parlamento vasco tanto sobre su aprobación como sobre su modificación y desarrollo posteriores.

“1. Constituyen el Derecho civil foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco las disposiciones de esta Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho que lo inspiran.-- 2. Corresponde al Parlamento Vasco la aprobación de esta Ley, así como de las modificaciones y desarrollos posteriores y su acomodación a las disposiciones de carácter general que establezca la Unión Europea. -- 3. La costumbre que no sea notoria deberá ser probada.”

La redacción se mantuvo inalterada en el Anteproyecto de 2007. La llamada Propuesta de ley civil vasca de 2012 elaborada por la Academia Vasca de Derecho se limitó a suprimir el vocablo “foral” del número 1.

Sin embargo, la redacción finalmente aprobada por el Parlamento vasco fue algo distinta. Suprimió venturosamente el desafortunado número 2, redundante, innecesario y hasta cierto punto timorato, justificativo acaso de unas indiscutibles e indiscutidas competencias de la Comunidad Autónoma vasca sobre su propio Derecho civil.

El precepto ahora comentado establece, pues, el sistema de fuentes del Derecho civil vasco. Y lo hace, como acabo de indicar, siguiendo la estela dejada por su predecesora, con un mero cambio formal —el de “Territorios Históricos” por “Comunidad Autónoma”— y otro de mayor enjundia, la supresión del inciso final del número 1 del artículo: “de acuerdo con su tradición”.

Tanto el vigente art. 1.1, como su antecedente, el art. 1.1 de la Ley 2/1992 presentan un paralelismo innegable con el art. 1.1 del CC. Ciertamente, el precepto ahora comentado reconoce las mismas fuentes del Derecho que el CC: la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Pero la mera lectura de la norma hace destacar dos extremos que llaman particularmente la atención. El primero es la expresión “disposiciones de esta ley”, frase que, a mi juicio, exige un análisis más detenido que llevaré a cabo en el epígrafe siguiente. El segundo, que el sistema de fuentes queda incompleto en este artículo, porque, como he dejado indicado en el epígrafe anterior, falta su jerarquización, es decir, el orden de prelación de las fuentes. Puede entenderse que el orden en el que aparece en el número 1 del artículo comentado es expresivo de la prelación. Pero evidentemente esto no es suficiente. Un orden de enunciación no es *per se* un orden de prelación. Por ello, el sistema queda cojo, pues hubiera exigido ser completado añadiendo alguna indicación al respecto, idéntica o similar a la contenida en los arts. 1.3 y 1.4 del CC. Pero la Ley no lo ha llevado a cabo en el art. 1.1. Y no es por un problema competencial. El art. 149.1, 8ª, de la CE es lo suficientemente expresivo al respecto. El respeto a las normas de Derecho civil foral o especial que constituye la proposición final del precepto autoriza no sólo a establecer un sistema de fuentes propio, sino también a jerarquizarlas, es decir, a determinar su orden de prelación. Eso sí; la Ley se refiere al Derecho supletorio en el art. 3, y la redacción del mismo permite enlazar el tema con el de la prelación de fuentes, es decir, con su orden.

Por ello, y por más razones que se verán en su momento oportuno, el sistema adolece de un cierto disloque tanto formal como material. Pero, en este punto, puede contribuir a establecer la necesaria armonía una luminosa expresión de la Exposición de Motivos de la Ley en la que se establece que su “texto debe ser interpretado junto al Código civil español”, remisión que en el tema que ahora nos ocupa conviene tener particularmente presente.

3. ANÁLISIS DEL SISTEMA DE FUENTES CREADO

Resulta chocante, según he dicho, que la referencia a la ley como fuente del Derecho vasco se haya realizado con la expresión que el art. 1 emplea. En efecto; si se entiende literalmente –primer criterio interpretativo aplicable, de acuerdo con el art. 3.1 del CC-- el resultado es terriblemente reduccionista, pues prohibiría la producción civil con rango legal –por otra parte, la única posible-- por parte de otras leyes, vascas o no. Naturalmente, esto no puede ser así. Sería un auténtico y ególatra sinsentido, contradictorio con el tenor del art. 149.1, 8ª, de la CE, y del 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco. Por eso, esta redundante y reduccionista expresión se

ha considera piadosamente como un peculiar *lapsus calami legislatoris* y se ha entendido el sistema de fuentes compuesto –como debe ser– por la ley –cualquier Ley, no sólo la 5/2015–, la costumbre y los principios generales del Derecho². Tal conclusión aparece reforzada por la propia Exposición de Motivos de la Ley, que afirma en el párrafo final de su epígrafe I que “no pretende esta ley agotar ahora todo el posible campo de desarrollo del Derecho civil foral vasco, que será paulatinamente ampliado a nuevos campos por otras leyes”. De hecho, una ampliación ya se había producido con anterioridad a la propia ley. Me refiero a la ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Y otra se ha producido posteriormente, mediante la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Por otro lado, la mención a la ley suscita el problema de si la misma se refiere solamente a las normas emanadas del órgano legislativo del País Vasco o, por el contrario, abarca también, en un sentido más amplio, la normas escritas provenientes de los poderes públicos, por contraposición a las consuetudinarias. La cuestión implica reproducir aquí la planteada en su momento en relación con el art. 1.1. del CC, pero en este caso la respuesta negativa se impone. La enumeración de fuentes se reduce a la materia civil y, en todo caso, podría incluir los Decretos legislativos y los Decretos dictados para desarrollo y ejecución de normas civiles³.

Por su parte, la referencia a la costumbre se queda, a mi juicio, corta. Es cierto que ha merecido una norma especial, la contenida en el número 2 de este art. 1, pero posiblemente hubiera merecido un tratamiento de mayor enjundia. No hace falta, desde luego, definirla porque su concepto es ya suficientemente conocido y ha merecido la atención de autores y tribunales en todo tiempo y lugar. Basta por ello por comenzar con el análisis de la referencia realizada por la Ley en el número 2 del art. 1. La prueba de la costumbre –es decir, de su existencia y de su contenido– se reduce a la costumbre que no sea notoria. La fórmula es prácticamente la misma que la usada por el Fuero Nuevo de Navarra en el párrafo segundo de su ley 3. Esta última norma exige no sólo la prueba de la costumbre sino también su alegación. Hay que entender, sin embargo, que aquella no puede concurrir sin ésta. La exigencia de prueba es consecuencia necesaria del carácter resbaladizo de la costumbre; se trata, sí, de una norma jurídica, pero de escasa fijeza y menos todavía en un ámbito de libertad civil. Por ello, en el ámbito del CC, queda totalmente fuera del aforismo *iura novit curia*. Es decir, aunque sea Derecho, procesalmente funciona como si fuera un hecho. Hay que entender, por tanto, que, tras su oportuna alegación, la vigencia y contenido de la costumbre puede ser acreditada en el proceso por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, es decir, por los establecidos por los arts. 299 y siguientes de la LEC.

² J. GIL RODRÍGUEZ, en GIL RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Derecho civil vasco*, Barcelona, 2016, pág. 48.

³ J. GIL RODRÍGUEZ, *Manual...*, cit., pág. 51.

La Ley 5/2015 modifica el sistema establecido en el CC. El número 2 del art. 1 exige la prueba tan sólo de la costumbre que no sea notoria. En consecuencia, la costumbre que sí lo sea está excluida de su alegación y prueba o, dicho de otro modo, está incluida en la máxima *iura novit curia*, lo que significa que el tribunal tiene la obligación de conocerla. En realidad, esta norma no resuelve el problema por completo. Sencillamente lo desliza hacia la consideración de un nuevo elemento: la notoriedad de la costumbre. La cuestión –nada baladí– es también resbaladiza y todavía es susceptible de matizarse más. Por ejemplo, el conocimiento de la vigencia y contenido de la costumbre por el tribunal ¿es suficiente para dispensar de la alegación y prueba de la misma y aplicarla de oficio? O, dicho de otro modo, el conocimiento por el tribunal ¿hace notoria, a los efectos del art. 1.2 de la Ley 5/2015, la costumbre aunque socialmente no lo sea? En última instancia, ¿quién decide que la costumbre es notoria? O, mejor, ¿cuándo es notoria una costumbre? La introducción de este nuevo elemento, la notoriedad, parece desplazar la alegación y prueba precisamente a esta nota. De esta suerte, si se prueba la notoriedad la consecuencia será que la norma consuetudinaria caiga dentro del ámbito del aforismo *iura novit curia* y ya no habría que probar su contenido.

En realidad, la cuestión termina siendo puramente escolástica porque la más elemental estrategia procesal aconseja alegar y probar la vigencia y el contenido incluso de las costumbres reconocidamente notorias. La omisión de estos dos pasos procesales puede dar lugar a que el tribunal, aunque deba conocer y aplicar la costumbre, no lo haga y altere, por ello, el resultado natural y previsible del proceso.

Decía más arriba que la costumbre hubiera debido merecer un tratamiento legal más enjundioso, plasmado seguramente en una norma específicamente dedicada a ella, a su noción y a su juego y eficacia. Dos buenas razones abonan esta opinión. En primer lugar, el hecho de que, como se ha dicho, el Derecho consuetudinario sea la “masa madre” del ordenamiento civil vasco⁴. En segundo, el de que la costumbre constituye una herramienta decisiva en la formulación del principio de libertad civil y de sus consecuencias. Y ello realmente no encaja nada bien con la atribución a la costumbre de un papel subordinado en el escalafón de las fuentes jurídicas. La Ley vasca no presenta en este punto la deseable claridad. El contenido de los artículos 3 y 4 así lo acredita.

Y resta la tercera fuente, los principios generales del Derecho. Su mención cierra el elenco de las fuentes del Derecho civil vasco. Se ha suprimido en el texto vigente la referencia a la tradición foral, que figuraba en el Anteproyecto de 1999, acaso por inercia del texto de 1992, porque no añadía nada; por el contrario el inciso podía entenderse como un obs-

⁴ G. AIZPURÚA ONDARO, “Comentario al art. 1”, en A. M. URRUTIA BADIOLA (Dir.), *Le Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, Bilbao, 2016, pág. 24.

táculo a la admisión de principios que no estuviesen enraizados en la tradición foral, pero fuesen tan válidos como aquellos. Ciertamente la conexión entre los principios generales y la tradición jurídica ha sido y es muy intensa. Pero en la actualidad hay que reconocer también que la concepción sobre aquellos desborda a ésta. Por ello, se han clasificado los principios en tradicionales y políticos. Los primeros son fruto de un precipitado histórico varias veces secular que no conviene ignorar; los segundos, no, por lo que pueden haber sido objeto de reconocimiento reciente. Son, como se ha dicho, “normas que no han encontrado formalización ni sanción estatal, pero que poseen innegable vigencia, validez y obligatoriedad”⁵. Esta noción es universal, válida para cualquier principio sea cual fuere su naturaleza u origen. El principio de libertad civil es un buen ejemplo de principio tradicional, que, por cierto, no está incluido en el Capítulo II del Título Preliminar, sino en el I. Pero el de protección al consumidor, elevado a general del Derecho por el art. 1 de la LCU, en relación a los arts. 51.1, 51.2 y 53.3 de la CE, carece de enlace tradicional. Es de los llamados principios generales de carácter político; sin embargo es imposible desconocer su vigor actual. Es más. En el mismo texto de la Ley 5/2015 se encuentran ejemplos que difícilmente pueden considerarse tradicionales, dejando aparte, además, su defectuosa formulación y expresión técnica (arts. 12 y siguientes e incluso alguno de los incluidos en los arts. 5 a 7).

Por otro lado, conviene precisar desde ahora que la enumeración de los arts. 5 a 7 no es exhaustiva. No puede serlo. Y no precisamente porque su nota característica sea, precisamente, su falta de formulación positiva. Hay numerosos casos en los que el Derecho positivo sí ha recogido y expresado tales principios: por ejemplo, el *favor consummatoris*, recién mencionado, el de autonomía privada, proclamado en el art. 1255 del CC, o el de buena fe, recogido en el art. 7.1. E incluso existen otros que pueden localizarse de forma implícita o interpretando algunas normas *a sensu contrario*, como el que proscribía el enriquecimiento sin causa (art. 1901 del CC). Es evidente que estos principios, y otros no mencionados, lo son también del Derecho civil vasco. No es imaginable que el Derecho civil vasco insularice su propio catálogo de principios generales de tal modo y a tal nivel que rechace los que no haya positivado una ley vasca o no formen parte de su tradición jurídica. Y en la misma medida en que lo son, estos principios generales asimismo constituyen fuentes del Derecho civil vasco.

La Ley 5/2015 no dice nada al respecto, pero la interpretación coordinada con el CC mencionada por la Exposición de motivos conduce a afirmar que los principios generales del Derecho civil vasco participan de la doble función que el CC atribuye a los mismos en su art. 1.4: por un lado la función de aplicación directa, pero subsidiaria, en defecto de ley y de costumbre; por otro, la función informadora del ordenamiento jurídico. La aplicación directa de

⁵ Cfr. L. DÍEZ PICAZO, “Comentario al art. 1”, en L. DÍEZ PICAZO-R. BERCOVITZ-C. PAZ ARES-P. SALVADOR (Dir.), *Comentario del CC*, reimp., Madrid, 1993, pág. 9.

los principios generales es consecuencia lógica de su carácter de fuente del Derecho. No serán frecuentes los casos de aplicación directa de los mismos. La norma positiva tiene en general pretensiones de absorción de la totalidad de los supuestos regulables en una determinada institución o ámbito, lo que eliminaría de suyo la aplicación directa del principio. Pero lógicamente ésta no puede excluirse pues siempre pueden existir o generarse lagunas normativas que la aplicación directa del principio general puede colmar. Y además, su función informadora permanece siempre viva, orientando, al menos como *desiderátum*, no sólo la producción de normas positivas, sino también la interpretación y aplicación de las mismas.

4. PRELACIÓN DE FUENTES EN EL DERECHO CIVIL VASCO

El art. 1 de la Ley civil no establece el orden de prelación de las fuentes del Derecho civil vasco. A mi modo de ver, no esclarece el tema porque el mismo contiene simplemente un elenco de fuentes que, de suyo, no implica orden jerárquico, es decir, no conlleva una prelación entre las mismas. Efectivamente; la fórmula elegida por el legislador vasco podía haber sido más explícita.

En la Ley vasca se echa en falta una norma que aborde y resuelva definitivamente el tema estableciendo de manera clara el orden de prelación de las fuentes del Derecho. Podría haberse realizado perfectamente porque el art. 149, 1, 8ª de la CE concluye expresando de forma palmaria el respeto al sistema de fuentes del Derecho foral o especial.

Dos tipos de precedentes podían haber servido de inspiración en este sentido. En primer lugar, el CC, que establece meridianamente que la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable (art. 1.3) y que los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre (art. 1.4) y es el guía que ha inspirado normas similares en otros ordenamientos autonómicos⁶. Con la misma claridad e incluso mayor contundencia formal el Fuero Nuevo de Navarra contiene una Ley que, bajo el ladillo “Prelación de fuentes”, dice lo siguiente:

“En Navarra la prelación de fuentes de Derecho es la siguiente: 1.- La costumbre; 2.- Las leyes de la presente Compilación; 3.- Los principios generales del Derecho navarro; 4.- El Derecho supletorio”.

La ausencia de un precepto similar a los citados supone una pérdida de oportunidad que aconseja la indagación que sigue.

⁶ Vid., art. 111-1 del Código catalán; el 1 de la Ley de Derecho civil gallega y el 1 del Código foral de Aragón.

Es forzoso reconocer que hay una multiplicidad de señales que resaltan la importancia de la costumbre en el Derecho tradicional del País Vasco. La Exposición de motivos de la Ley reconoce que, salvo alguna excepción puntual, como el Fuero de Ayala o el régimen de la troncalidad, el Derecho sucesorio del País Vasco “fue siempre consuetudinario”. La doctrina moderna ha proclamado esta importancia de forma expresa y casi entusiástica. En este sentido, se ha afirmado que la raíz de todo el Derecho civil vasco está en la costumbre que los fueros se limitaron a recoger y que el Derecho guipuzcoano no perdió nunca su carácter consuetudinario⁷. La idea se ha reiterado, resaltándose el hecho de que la costumbre es la base y fundamento del Derecho civil vasco y que la pervivencia consuetudinaria del Derecho guipuzcoano se ha mantenido “luchando muchas veces contra la ley”⁸, afirmación algo etérea. De todos modos, no hay vestigios –al menos que yo sepa-- de una institución similar al “pase foral”.

Con mayor distanciamiento y un cierto sentido crítico GIL RODRÍGUEZ ha reconocido “el papel preponderante” de la costumbre, pero a continuación la ha calificado de “modo elemental de generar mandatos normativos en estadios históricos previos”⁹.

A las opiniones anteriores podría añadirse el hecho de que el art. 2.1 de la Ley civil al establecer el Derecho supletorio emplea la disyuntiva “o” entre ley y costumbre, expresión que se antoja neutra y, desde luego, no sirve a mi juicio para establecer un orden de prelación entre ellas. Y aún podría sumarse –ya lo he dejado indicado-- el art. 4 y la proclamación que contiene del principio de libertad civil, y su corolario, la presunción del carácter dispositivo de las leyes, porque uno y otra constituyen la herramienta básica para generar costumbre.

Todo ello podría conducir a la opinión de que la costumbre, como sucede en el Derecho navarro, se constituya en la primera fuente del Derecho vasco. Sin embargo, no es así. Los mismos autores que han destacado su importancia, tanto histórica como actual, reconocen su condición de segunda fuente del Derecho. CELAYA IBARRA ha afirmado que la costumbre contra ley no tiene validez, pero que la historia ha demostrado que en muchas ocasiones el deseo del legislador de que la ley predomine no se ha conseguido, porque se acudía a la costumbre para oponerse a la arbitrariedad del poder, aunque también ha reconocido la dificultad actual de producir nuevas costumbres¹⁰; hay que entender contra ley, porque den-

⁷ Cfr. A. CELAYA IBARRA, en “Comentarios a la Ley de Derecho civil foral del País Vasco”, en M. ALBALADEJO-S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, XXVI, Madrid, 1997, págs. 45 y 46.

⁸ Así, F. J. SERRADILLA HERNANDO, en “El sistema de fuentes del País Vasco”, en R. BERCOVITZ-J. MARTÍNEZ SIMANCAS (Dir.), *Derechos civiles de España*, I, Elcano, 2000, pág. 174. También, G. AIZPURÚA ONDARO, “Comentario a los arts. 1 a 4”, cit., pág. 24.

⁹ *Manual de Derecho civil vasco*, cit., pág. 51.

¹⁰ “Comentarios...”, cit., pág. 46. Le sigue F. J. SERRADILLA HERNANDO, “El sistema de fuentes...”, cit., pág. 175.

tro del ámbito de la ley pueden generarse sin mayores dificultades. En esta línea, también se ha puesto de manifiesto que históricamente han existido prácticas consuetudinarias *contra legem*, como el plazo para ejercitar el poder testatorio o la transmisión *mortis causa* del caserío en Guipúzcoa¹¹. Finalmente, GIL RODRÍGUEZ abunda en el carácter subordinado a la ley de la costumbre y apunta la idea de que, a pesar de que la Ley no diga nada al respecto, en el País Vasco la moral y el orden público constituyen también límites a la validez y eficacia de la costumbre, de manera similar a la establecida por el CC (art. 1.3) o por la Compilación navarra (ley 3 del Fuero Nuevo)¹².

Por tanto, en opinión unánime de la doctrina, el elenco de fuentes del Derecho vasco realizado en el art. 1 de la Ley resulta ser expresivo de un orden en el que la costumbre ocupa el segundo nivel¹³. De acuerdo con el mismo, los principios generales del Derecho ocupan el tercer lugar en la escala de fuentes y pueden y deben ser aplicados en su caso de forma directa, aunque subsidiaria. En este punto su función es similar a la establecida por el art. 1.4 del CC: en defecto de ley o costumbre. Entiendo que esto debe ser así, a pesar del llamativo silencio del artículo que ahora comento, sobre este tema. Ya lo he dejado dicho en el epígrafe anterior.

Debe hacerse notar, además, que esta aplicación directa y subsidiaria de los principios generales se extiende no sólo a los específicos del Derecho vasco, sino a los generales de cualquier orden. Dicho de otra forma: existen principios generales específicos del Derecho vasco; pero existen también principios generales inherentes a cualquier ordenamiento jurídico: el de buena fe, el de autonomía privada, el de respeto a los propios actos, el de prohibición de abuso del Derecho, etc. Por ello, entiendo que las referencias hechas a los principios generales por la Ley civil vasca han de considerarse como omnicomprendivas. Es impensable que no se aplique, en su caso, el principio de solidaridad, propio del Derecho vasco, porque tal inaplicación, cuando venga exigida por la naturaleza del supuesto enjuiciado, generaría una injusticia; pero también ocurriría lo mismo cuando se inaplicase el de prohibición del enriquecimiento sin causa o el de protección al consumidor, por poner un ejemplo de principio histórico tradicional y otro de reciente formulación política. De todos modos, siempre queda en el aire la manera de aplicación de los principios generales que no sean los tradicionales y propios del Derecho vasco: ¿directamente?; ¿a través de su positivación en leyes vascas?; ¿antes que el CC?; ¿a través del CC?. Posiblemente cualquiera de estos procedimientos será correcto mientras queden respetados tanto el orden de prelación de las fuentes propias como el lugar reservado al Derecho supletorio.

¹¹ G. AIZPURÚA ONDARO, “Comentarios a los arts. 1 a 4”, cit., pág. 24.

¹² *Manual de Derecho civil vasco*, cit., págs. 51-52.

¹³ Del mismo modo que se ha establecido en los preceptos autonómicos citados, acaso con la excepción del Derecho aragonés, en el que el art. 2 de su Código foral establece que el valor de la costumbre sólo cede ante la Constitución y las normas imperativas del Derecho aragonés.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del CC y en otros ordenamientos autonómicos, la Ley vasca se ha preocupado de recoger y enunciar una multiplicidad de principios generales que ha agrupado en dos categorías: principios inspiradores de la Ley civil vasca y principios de Derecho patrimonial. No corresponde proceder a analizarlos en este lugar, porque ello supondría extender desmesuradamente la presente reflexión sobre las fuentes del Derecho vasco. Pero sí suscitar alguna idea al respecto. En primer lugar, respecto a su propia formulación. Por ejemplo, el ladillo del art. 6 debería corregirse porque el principio no es la persona, sino el respeto a la misma o a su dignidad como bien expresa el contenido de la norma. Igualmente, no parece que las lenguas cooficiales constituyan un principio en sí mismas, sino nuevamente el respeto a ambas. En estos puntos, pues, se ha producido una discordancia entre el ladillo y el contenido del precepto correspondiente. Por su parte, el examen de los llamados principios de Derecho patrimonial pone de relieve que no se trata propiamente de principios, sino más bien de instituciones jurídicas específicas del Derecho vasco.

Finalmente, conviene insistir en el hecho de que, aunque el elenco de principios que recogen los arts. 5 y siguientes de la Ley no incluya expresamente a los principios que he venido llamando principios generales de todo ordenamiento –acaso con la excepción del de libertad civil, homologable en principio, con el de autonomía privada–, ello no significa que no existan en el Derecho vasco que no existan en el Derecho vasco y, por tanto, que no sean aplicables en su ámbito. Lo contrario sería ilógico e injusto. Y la lógica y la justicia son dos valores que cualquier ordenamiento jurídico, sea de la clase que sea, ha de acoger y respetar.

5. VALOR Y FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.

El art. 2, bajo el ladillo “La jurisprudencia”, regula el papel que se atribuya a la misma dentro del ordenamiento jurídico vasco.

Éste es su tenor:

“1. La jurisprudencia depurará la interpretación e integrará los preceptos del Derecho civil vasco. -- 2. Por jurisprudencia, a los efectos del Derecho civil vasco, se ha de entender la doctrina reiterada que en su aplicación establezcan las resoluciones motivadas de los jueces y tribunales con jurisdicción en el País Vasco. -- 3. La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco será la encargada de unificar la doctrina que de éstos emane, a través de los recursos pertinentes que en cada momento establezca la legislación procesal”.

Esta redacción se introdujo en la proposición de ley de Derecho civil vasco de 19 de enero de 2015, publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de 8 de mayo. Constituyó entonces una brusca desviación tanto de la redacción anterior de la Ley 3/1992 como de los anteproyectos, todos los cuales se apoyaban directamente en el texto legal entonces vigente, sin otra modificación que la sustitución del inciso final –“al interpretar y aplicar aquel”-- por otro –“que en su aplicación”-- intercalado tras la expresión “doctrina reiterada”.

El precepto no ha salido favorecido con la modificación. Es cierto que el paralelismo que el texto anterior presentaba con el art. 1.6 del CC se ha difuminado. Pero la norma resultante no sólo no resulta más clara o más precisa que la anterior, sino que, al contrario, plantea problemas que ésta o los anteproyectos no suscitaban. Resuelve, eso sí, la cuestión acerca de la naturaleza y función de la jurisprudencia. Claramente se aprecia que para la Ley vasca no es fuente del Derecho. Dos razones avalan esta primera conclusión. En primer lugar, su propia colocación sistemática, fuera del precepto dedicado a establecer el elenco de fuentes, aunque paradójicamente siga dentro del Capítulo I dedicado precisamente a ellas. En segundo lugar, el análisis del papel que la Ley le atribuye que, como se verá más abajo, no es el de producir Derecho, sino otro diferente. Autores muy autorizados han defendido la opinión contraria, con referencia a la redacción del texto legal de 1992¹⁴. Pero creo que el tenor del art. 3.1 es tan claro y expresivo que actualmente no cabe dudar de que la jurisprudencia no está considerada fuente del Derecho vasco por la Ley de 2015. En este punto, la Ley vasca se alinea con el art. 1.6 del CC.

Un examen meramente formal del art. 3 de la Ley denota, en primer lugar, que se trata de una norma de carácter mixto, pues el número 3 presenta un marcado aroma procesal, lo que aconseja analizar primeramente este número y seguir luego el orden inverso. La norma del número 3 es, en efecto, una atribución competencial, seguramente reiterativa e innecesaria, hábilmente enmascarada con la utilización de una expresión inusual, para atribuir a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco la tarea de unificar la doctrina. Me refiero, claro está, a la palabra “encargada”, cuando la expresión usual y mucho más técnica es “competente”. De todos modos, como acabo de indicar, la norma es reiterativa y seguramente innecesaria. Ello es así como consecuencia de la letra del Estatuto de Autonomía del País Vasco, cuyo art. 14.1, a), atribuye a sus órganos jurisdiccionales la competencia de todas las instancias y grados incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias del Derecho Civil Foral propio del País Vasco. El art. 377.3, segundo párrafo, de la LEC coadyuva poderosamente a esclarecer el problema, atribuyendo subliminalmente a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para crear o unificar doctrina allí donde no existiera; obviamente, aunque la Ley no lo exprese, hay que entender que en

¹⁴ Así A. CELAYA IBARRA, que la califica de “fuente complementaria del Derecho”, en “Comentarios...”, cit., pág. 47-48. Igualmente, F. J. SERRADILLA HERNANDO, en “El sistema de fuentes del País Vasco”, en R. BERCOVITZ-J. MARTÍNEZ SIMANCAS (Dir.), *Derechos civiles de España*, I, Elcano, 2000, pág. 175.

materias de su Derecho civil propio. El juego de ambos preceptos es lo suficientemente poderoso como para haber podido prescindir del número 3. Pero si el legislador hubiere querido remachar esta cuestión hubiera podido acudir a fórmulas más correctas e incluso más expresivas. Por descontados, la referencia a los recursos pertinentes sobra incluso más que el resto del número.

El número 2 del art. 3 especifica qué se entiende por jurisprudencia “a los efectos del Derecho civil vasco”. El tenor de la norma hace pivotar el concepto sobre la idea de “doctrina reiterada”. Pero no sólo en ella, como enseguida veremos.

La norma es cuestionable por varias razones. En primer lugar, porque contradice una inveterada posición científica según la cual el legislador no ha de definir, sino que ha de abandonar la definición de las instituciones a la doctrina y –precisamente- a la jurisprudencia.

En segundo lugar, porque el propio concepto es discutible. Efectivamente, por jurisprudencia, en estricto sentido técnico, se ha entendido tradicionalmente la doctrina reiterada emanada de las sentencias del Tribunal Supremo. Lo que en la antigua LEC se denominaba doctrina legal y, si era infringida por tribunales inferiores, autorizaba a corregir tal infracción mediante recurso de casación “por infracción de ley o doctrina legal” (art. 1687 de la LEC de 1881).

Ciertamente, el concepto de “doctrina legal” constituía una noción resbaladiza. Pero el escenario en el que actuaba la jurisprudencia terminó clarificándose casi por completo, al menos desde el plano teórico, tras más de un siglo de decantación práctica.

Bastan dos sentencias para recordarlo:

--STS de 17 de julio de 2007: “A los efectos de fundamentar el recurso de casación ‘sólo se considera jurisprudencia, en el sentido de complemento del ordenamiento jurídico que proclama el art. 1.6 del CC, la que emana del Tribunal Supremo y de la Sala correspondiente a la materia de que se trata (...), rechazándose en todo caso la cita de sentencias de Audiencias Provinciales, por no constituir jurisprudencia’ (SSTS de 11 de octubre de 1994 y de 9 de noviembre de 1998, entre otras)”.

--STS de 29 de abril de 2005: “Para el correcto planteamiento de esta infracción se requiere, además de la cita de al menos dos sentencias contestes –expresivas de un criterio uniformemente reiterado-, que se exprese cuál es la doctrina que de ellas emana y en qué sentido ha sido vulnerada por el Tribunal de apelación”.

Alejándose de estas ideas, la norma vasca es rica en sorpresas. Veámoslas una por una.

En primer lugar, abarca todas las resoluciones motivadas. Este último vocablo no sólo sobra, sino que resulta contraproducente. En efecto; la expresión “resoluciones motivadas” rectamente entendida, de acuerdo al canon interpretativo literal que establece el art. 3.1 del CC, debería considerarse extendida no sólo a las sentencias, sino también a los autos. Esto es así porque según el art. 206.1 de la LEC los autos constituyen una especie del género “resoluciones judiciales” y, de acuerdo con el 208.2 de la misma ley “los autos y las sentencias serán siempre motivados”. Desde luego, no parece que la intención de la ley sea la de incluir los autos como creadores de doctrina a efectos de considerarla jurisprudencia, susceptible por tanto de recurso de casación. Otro *lapsus calami* del legislador.

En segundo lugar, el ámbito de las resoluciones que la ley considera jurisprudencia se ha ampliado más que notablemente, ya que ahora –siempre según el tenor literal del precepto– abarca las resoluciones de todos los jueces y tribunales que conforman la planta del País Vasco, no sólo las de las Audiencias Provinciales. Esto sí que constituye, como se ha dicho, una absoluta novedad en el Derecho español¹⁵. Y nada justificada, a mi juicio; al contrario, severamente criticable. Es cierto que el término “jurisprudencia” es susceptible de entenderse en un sentido amplio comprensivo de las sentencias de las Audiencias Provinciales, bajo el amable calificativo de “pequeña jurisprudencia”. Es cierto también, que hasta la propia LEC ha suavizado el rigor técnico del vocablo en su art. 477.2 cuando se refiere a jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Pero esa misma norma se cuida de distinguirla de la “doctrina jurisprudencial” que mantiene su alto rango de parte del ordenamiento jurídico cuya infracción da lugar a la estimación, en su caso, del recurso de casación. Esta distinción es la que se echa en falta en el número 2 del art. 3, porque de esta manera la norma enlazaría sin crujir con la materia casacional.

En tercer lugar, finalmente, la dificultad técnica de localizar, sistematizar y extraer doctrina reiterada sobre una materia de la multiplicidad de órganos judiciales unipersonales existentes en el País Vasco se antoja difícilmente superable. Todavía hay otro problema más, enlazado tanto a esta extensión de la noción de jurisprudencia a las resoluciones de los “jueces” y a la idea de reiteración, que la norma ahora comentada también menciona y exige. En efecto, con sentido del humor no exento de ironía, se ha apuntado si la confirmación por un tribunal superior de la sentencia de otro inferior, o incluso de un juzgado unipersonal, bastaría para entender “reiterada” la doctrina conforme establecida por las dos sentencias recaídas en un mismo proceso¹⁶. Esto es, evidentemente, una auténtica *reductio ad absurdum*.

¹⁵ J. GIL RODRÍGUEZ, en J. GIL RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Derecho civil vasco*, Barcelona, 2016, pág. 57.

¹⁶ J. GIL RODRÍGUEZ, en J. GIL RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Derecho civil vasco*, Barcelona, 2016, pág. 58.

dum, pero es forzoso reconocer que se encuentra propiciada por la torpeza de la redacción legal.

Por otro lado, la expresión “jueces y tribunales” es casi una cláusula de estilo utilizada por los legisladores en una pluralidad de normas; pero en normas dictadas en otro tipo de leyes –acaso de planta– y, desde luego, con otra finalidad. No debe, pues, ser utilizada para definir arriesgadamente la jurisprudencia por los peligros que encierra y que acaban de denunciarse. De ahí que sea aconsejable interpretar la norma comentada de forma correctora y entenderla referida solamente a las sentencias, como resoluciones que ponen punto final al proceso, y de éstas solamente a las que provengan de los órganos judiciales colegiados.

Por último, el número 1 del artículo 2 se encarga de perfilar la función que la jurisprudencia, así definida, es decir, a efectos del Derecho civil vasco, debe desempeñar. En este punto conviene recordar que la redacción de la norma es inequívoca; deja poco lugar a la duda. La jurisprudencia no es fuente del Derecho vasco. NI está incluida en el elenco del art. 1 de la Ley ni tiene como función la creación del Derecho; tiene otras diferentes.

Éstas son, como expresa el art. 2.1, las de depurar e integrar los preceptos del Derecho civil vasco. El tenor literal de la norma suscita al menos las dos siguientes cuestiones: en primer lugar, qué deba entenderse por depurar e integrar; en segundo lugar, qué debe entenderse por Derecho civil vasco.

Respecto a la primera cuestión, hay que hacer observar que el tenor literal del precepto se aparta de los modelos usuales. El art. 1.6 del CC atribuye a la jurisprudencia la función de “complementar” el ordenamiento jurídico con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las fuentes del Derecho, es decir, ley, costumbre y principios generales. Pero el CC no indica en qué consiste esta función complementaria. Una indagación sobre este punto ha conducido a establecer que la jurisprudencia puede desempeñar las siguientes funciones: la de interpretación de las normas, estableciendo su alcance, inteligencia y significación; la de interpretación integradora de las normas, para responder a las exigencias de coherencia sistemática dentro del ordenamiento y la de consagración de los principios generales, extrayéndolos y aplicándolos mediante procesos de concreción¹⁷. Esa triple función encaja bien con la de integrar que utiliza el número 1 del art. 2. La expresión “depurar”, por el contrario, resulta más enigmática. De las cuatro acepciones que el Diccionario de la lengua atribuye al vocablo solamente una se aproxima a algo parecido a una función jurídica. Se trata de la primera: “Limpiar, purificar”. Las restantes son claramente improcedentes. Pero no parece que la función de la jurisprudencia deba ser la de limpiar o

¹⁷ Cfr. L. DIÉZ PICAZO, “Comentario al art. 1”, en L. DIEZ PICAZO-R. BERCOVITZ-C. PAZ ARES-P. SALVADOR (Dir.), *Comentario del CC*, reimpr., Madrid, 1993, pág. 12.

purificar un ordenamiento jurídico o una norma; es decir, privarla de elementos extraños que oscurezcan o alteren su sentido y significación. Esta tarea ha debido realizarse con anterioridad, en el proceso de elaboración de la misma y, si no se ha realizado, los cuerpos extraños han pasado a formar parte del sistema. En consecuencia, parece que de nuevo ha de realizarse una interpretación teñida de un cierto sesgo corrector, para entender que depurar la interpretación debe referirse a buscar el apropiado entendimiento de la norma y su integración con el resto del sistema, es decir, la búsqueda de la coherencia del mismo.

La segunda cuestión es qué debe entenderse por Derecho civil vasco. Parece más sencilla que la anterior si se atiende estrictamente a la fuente formal de producción del mismo. En este sentido, la respuesta sería que el generado por el Parlamento vasco de acuerdo con la atribución competencial del art. 10.5 del Estatuto de autonomía. Dicho de otro forma, sería el Derecho civil de producción autónoma o, mejor, de origen autonómico. No hay que olvidar, sin embargo, que junto al sistema civil que la Ley 5/2015 instaura existe otro, de distinto origen, pero que, en este sentido, debe considerarse también Derecho vasco, aunque su producción sea heterónoma. Se trata, claro está, del sistema del CC, que se aplica en las zonas no aforadas de Vizcaya, cuyo distinto origen sustrae también el conocimiento último de los conflictos al Tribunal Superior del País Vasco. No existen en la Ley de 2015 unas normas similares a las contenidas en los arts. 6 y 7 de la Ley de 1992. Antes bien, el art. 8, ya citado, respondiendo a las pretensiones de generalidad y unificación, establece un estricto criterio de territorialidad de la norma sobre toda la Comunidad autónoma. Parece así haber quedado alterado el sistema anterior, acentuando el carácter supletorio del CC, patente ahora no sólo en el art. 3, sino también, en otros (vg., en el art. 61.2).

6. EL DERECHO SUPLETORIO

Este importante tema, que cierra –o debe hacerlo– el sistema de fuentes del Derecho en cualquier ordenamiento, está regulado en el art. 3 de la Ley civil vasca. Pero su texto no es especialmente acertado ni resulta particularmente favorecido de la comparativa con el homólogo de 1992. Aquel era más claro y menos problemático, como enseguida se verá. Fue el Anteproyecto de 1999 el primer intento de precisar el significado y alcance de la supletoriedad y de la remisión implícita en ésta, de acuerdo al siguiente tenor:

“1. En defecto de norma foral aplicable regirá como supletorio el Código Civil y las demás disposiciones de carácter general actualmente vigentes.” -- 2. Las futuras modificaciones de estas leyes se aplicarán cuando no sean contrarias a los principios inspiradores del Derecho Civil Vasco, sin perjuicio de que una ley vasca pueda

elaborar disposiciones distintas. -- -- 3. En todo caso, la aplicación del Derecho supletorio deberá acomodarse a los principios generales del Derecho vasco”.

Como puede apreciarse, el texto, en su pretensión de aclarar y precisar el alcance de la remisión establecida en el número 1, introdujo realmente un elemento de discordia: por un lado, subrayó el carácter estático de tal remisión al CC y demás disposiciones y, por otro, creó, en el número 2, un elemento de “dinamización” de esa misma remisión, dejando el número 3 en términos muy parecidos a los vigentes.

Por su parte, el Anteproyecto de 2007 ofreció el texto siguiente:

“1. En defecto de ley o de costumbre foral aplicable regirá como supletorio el Código Civil y las demás disposiciones generales vigentes. -- -- 2. Las futuras modificaciones de estas leyes se aplicarán cuando no sean contrarias a los principios inspiradores del Derecho civil vasco, sin perjuicio de que una ley vasca pueda elaborar disposiciones distintas”.

GIL RODRÍGUEZ ha puesto de relieve las diferencias más notables entre ambos textos: sustitución de la palabra “norma” por las de “ley o costumbre” y supresión del número 3, precisamente el referido a la “dinamización” de la remisión realizada en el número 1, aunque sujeta al acomodo a los principios generales del Derecho vasco¹⁸.

Sin embargo, el texto de la Ley 5/2015, al suprimir la palabra “vigentes” ha introducido un elemento discordante, porque mezcla de una forma confusa las dos cuestiones que pretendía regular y –es de suponer-- aclarar: la referente al Derecho supletorio y la relativa a la naturaleza de las remisiones realizadas. Uno y otro tema serán tratados enseguida.

Por lo demás, una primera ojeada a este precepto, art. 3 de la Ley civil vasca, suscita alguna cuestión de interés, que paso a exponer. Para empezar, la norma no establece un orden de prelación de las fuentes del Derecho civil vasco, como ya se ha visto. Para seguir, la supresión del término “vigentes” resulta más problemática de lo que parece. Y, para terminar, es sorprendente el papel –casi podría decirse el triste papel-- que la norma comentada atribuye a los principios generales del Derecho.

Como acabo de indicar, la Ley 3/1992 utilizaba la expresión “norma foral” para diseñar el primer escalón del sistema de supletoriedad, mientras que la vigente utiliza los vocablos “ley o costumbre”. Aquella expresión era omnicomprendensiva; se refería a cualquier fuente del Derecho civil propio, proclamando dos cosas: su hermetismo, puesto que dejaba intacto e intangible su propio sistema de prelación de fuentes, y la preferencia de la aplicación del

¹⁸ *Manual de Derecho civil vasco*, Barcelona, 2016, pág. 61.

Derecho civil vasco –de todo él, es decir, ley, costumbre y principios enraizados en la tradición-- sobre el Derecho que la norma configuraba como supletorio.

La sustitución en el texto vigente de las palabras “norma foral” por las de “ley o costumbre” cambia, a mi juicio, sustancialmente el sistema. No me parece que se trate, como se ha afirmado, de un sistema completo y autointegrado¹⁹. Y creo que no lo es porque la norma ha incurrido en una clamorosa omisión, que ha sido denunciada ya por la doctrina²⁰. En efecto; en este primer número del artículo ahora comentado no se mencionan en absoluto los principios generales del Derecho. Sí son mencionados en el segundo número, aunque con referencia, según creo, a otro tema. En otras palabras, el precepto parece haber olvidado el carácter de fuente del Derecho de los principios generales y de la doble función que le otorga tal condición, a saber, la de ser aplicados subsidiariamente, en defecto de ley o de costumbre, y la de informar la totalidad del ordenamiento civil. Se echa en falta, consecuentemente, una norma igual o similar a la existente en el art. 1.4 del CC, que no sólo proclama la aplicación subsidiaria, pero directa, de los principios generales en defecto de ley o de costumbre, sino también su función informadora del ordenamiento jurídico. Es necesario, además, tener presente que, aunque falte en el elenco de fuentes del Derecho realizado por el vigente art. 1 de la Ley la referencia a la tradición jurídica vasca, los principios a los que ese precepto se refiere son indudablemente los propios del ordenamiento civil vasco. Y no precisamente como Derecho supletorio, cuerpo extraño, en definitiva, sino como Derecho propio.

El art. 3.1 establece la supletoriedad del CC y de las demás disposiciones generales. La norma no dice, pero hay que entender que dichas disposiciones han de ser de carácter civil, evidentemente. En este punto, resulta curioso el resultado que se obtiene de superponer la norma que ahora comento y el art. 13 del CC. Éste, como es sabido, recoge en lo sustancial la regla contenida en el art. 12 anterior a la reforma de 1974 y establece que el CC es supletorio en las provincias y territorios con Derecho civil propio “en defecto del que lo sea en cada una de aquellas según sus normas especiales”. El CC reconoce así un posible cuerpo de Derecho supletorio distinto de él en cada sistema de Derecho civil propio. Es, pues, como se ha hecho ver “el último derecho supletorio”²¹. O, si se quiere, un Derecho supletorio de segundo grado. Sin embargo, el art. 3.1 de la Ley civil vasca dice otra cosa que parece ajustarse más a la tradición jurídica propia, puesto que, como se ha afirmado, el Derecho supletorio del País Vasco –hay que entender que el propio-- ha sido siempre el Derecho de Castilla²². De esta suerte, la norma vigente ha elevado el nivel, pero no sólo del CC sino de las

¹⁹ G. AIZPURÚA ONDARO, “Comentario a los arts. 1 a 4”, cit., pág. 26.

²⁰ J. GIL RODRÍGUEZ, en J. GIL RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Derecho civil vasco*, Barcelona, 2016, pág. 62.

²¹ F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 2ª ed., Madrid, 1949, pág. 258.

²² Cfr. A. CELAYA IBARRA, en “Comentarios...”, cit., págs. 49-50. Así también, G. AIZPURÚA ONDARO, “Comentario a los arts. 1 a 4”, cit., pág. 25.

demás disposiciones especiales, atrayendo su aplicación *ad casum* de forma inmediata, en defecto de ley o costumbre, es decir, transformándolo en Derecho supletorio de primer grado, aplicable justo después de las fuentes propias.

La cuestión de la supletoriedad enlaza con la de las remisiones. El Derecho supletorio tal como queda establecido por el número 1 del precepto ahora comentado, no deja de ser un cuerpo extraño al ordenamiento propio. Por tanto su aplicación plantea dos problemas: el de su ajuste al sistema al que complementa e integra y el del contenido, es decir, si se realiza al texto actualmente vigente de la norma asumida o al que en el futuro pueda modificarse, en su caso.

Ni el texto de 1992 ni el de la Ley 5/2015 contienen en su número 1 la palabra “vigentes”. Ello conduce a considerar que la remisión realizada al CC y a las demás normas es una remisión dinámica. Sin embargo, el número 2 del precepto en la versión de 2015 parece desvirtuar esta primera conclusión, como veremos enseguida. Pero antes conviene tener presente los antecedentes de la norma para apreciar cómo desde aquel primer texto se llega al actual.

El texto del art. 3 en 1992 presentaba una estructura clara y sencilla: determinaba el Derecho supletorio con una remisión dinámica (número 1) y establecía una defensa del sistema (número 2). El Anteproyecto de 1999 añadió un número más al texto del artículo y un matiz importante: en el número 1 añadió la palabra “vigentes”, con lo que transformó la remisión dinámica en remisión estática. El número 2 “dinamizó” la remisión para el futuro, admitiendo la aplicación de las futuras modificaciones tanto del CC como de las demás leyes si no contrariaban los principios inspiradores del Derecho civil vasco y estableciendo una reserva competencial. El número 3 reforzaba la defensa del sistema imponiendo una adecuación de las normas supletorias a los principios generales del Derecho vasco, refuerzo que podía aplicarse casi de forma indistinta tanto a los textos vigentes como a las modificaciones futuras de las normas supletorias. Finalmente, el Anteproyecto de 2007 reducía de nuevo a dos los números del artículo y mantenía en el número 1 el carácter estático de la remisión al mantener la palabra “vigentes”. El número 2 mantenía la “dinamización” de la remisión, conservando la defensa del sistema y mantenía también la reserva competencial. La lectura del texto de 2007 suscita dos reflexiones: la primera es que el carácter estático de la remisión del primer número implicaba que previamente se había realizado satisfactoriamente el control de adecuación a los principios del Derecho vasco. Por ello resultaba coherente su establecimiento expreso para las modificaciones futuras, porque el mismo, como es evidente, no habría podido realizarse todavía al no conocerse el contenido de tales modificaciones.

La fórmula de 2007, aunque eficaz, resulta algo compleja. Sorprende que no se haya seguido la pauta marcada por la Ley 3/1999, reguladora del Derecho civil de Guipúzcoa, cuya disposición transitoria 2ª contiene una norma sencilla y diáfana: “Las remisiones que en el Libro III de la presente ley se hacen al articulado del Código civil se entenderán hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de aquél”. Con esta redacción la defensa del sistema es tan patente que no necesita mayor explicación.

Sin embargo, el criterio seguido por el texto vigente del art. 3 no ha sido ni éste ni el fijado en el Anteproyecto de 2007, sino el establecido en la llamada Nueva Propuesta de Ley Vasca de 2012, cuya redacción ha incorporado literalmente. La supresión de la palabra “vigentes” podría hacer pensar que la remisión operada ha pasado de ser estática a ser dinámica²³. Sin embargo, la redacción del número 2 del artículo aconseja proceder con más cautela, porque mantiene la defensa del sistema, aunque es verdad que reservada sólo para las modificaciones futuras de las normas supletorias.

La confusa redacción puede conducir a pensar que solamente las futuras modificaciones de las normas supletorias deben pasar por el control de adecuación a los principios vascos. ¿Es esto lo querido por el legislador? Evidentemente no. Lo que hay que entender, a mi juicio, es que el texto vigente de las normas supletorias ha pasado ya ese control y que lo ha hecho satisfactoriamente. De ahí el carácter general de la remisión realizada. Dicho de otro modo, habría que entender que la palabra “vigentes” sigue figurando, aunque sea subliminalmente, en el texto del número 1. La remisión, pues, sería estática: sólo a la redacción vigente. Pero el juego del número 2 introduce ese elemento dinamizador de la misma al que me he referido repetidamente más arriba. Como se ha dicho con acierto, las remisiones se presumen estáticas solamente en el caso de que la nueva versión de la norma supletoria contraríe algún principio inspirador del Derecho civil vasco²⁴.

Finalmente, resta sólo por dilucidar a qué clase de principios se refiere la norma. El tenor literal de la misma es meridiano. Parece, por tanto, indudable que la adecuación o el acomodo ha de referirse exclusivamente a los principios vascos, es decir, a aquellos propios y peculiares del ordenamiento civil vasco. Aún puede suscitarse otra duda como es la de averiguar si tales “principios inspiradores” equivalen o se identifican con los principios generales del Derecho vasco, es decir, con la fuente jurídica con ese nombre. El Anteproyecto de 1999 utilizó las dos expresiones con un carácter que se antoja indistinto. El de 2007 se decantó por la expresión que ha llegado el texto legal vigente. Pero ésta subraya el carácter informador inherente a los principios generales, función que era innecesario explicitar si se

²³ Y así lo sostiene G. AIZPURÚA ONDARO, “Comentario a los arts. 1 a 4”, cit., pág. 26.

²⁴ Cfr. J. GIL RODRÍGUEZ, en J. GIL RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Derecho civil vasco*, cit., pág. 64.

utilizaba la otra expresión. Todo ello permite corroborar esa significación indistinta. Ciertamente hubiera sido preferible el empleo de esta última, porque enlaza con la terminología utilizada en el art. 1 y despeja toda duda respecto a su significado.

BIBLIOGRAFÍA

--AIZPURÚA ONDARO, G., “Comentario a los artículos 1 a 4”, en A. M. URRUTIA BADIOLA (Dir.), *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, Bilbao, 2016.

--ASÚA, C-GIL, J.-HUALDE J. J., “Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho civil vasco”, en J. SIMANCAS-R. BERCOVITZ (Dir.) *Derechos civiles de España*, I, Madrid, 2000.

--CELAYA IBARRA, A., “Comentarios a la Ley de Derecho civil foral del País Vasco”, en M. ALBALADEJO-S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, XXVI, Madrid, 1997.

--DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, I, 2ª ed., Madrid, 1949.

--DÍEZ PICAZO, L., “Comentario al art. 1”, en L. DÍEZ PICAZO-R. BERCOVITZ-C. PAZ ARES-P. SALVADOR (Dir.), *Comentario del CC*, reimp., Madrid, 1993.

--GIL RODRÍGUEZ J., en GIL RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Derecho civil vasco*, Barcelona, 2016.

--SERRADILLA HERNANDO, F. J., “El sistema de fuentes del País Vasco”, en R. BERCOVITZ-J. MARTÍNEZ SIMANCAS (Dir.), *Derechos civiles de España*, I, Elcano, 2000.

PATERNIDAD RESPONSABLE: MANDATO CONSTITUCIONAL

RESPONSIBLE PARENTHOOD: CONSTITUTIONAL MANDATE

Aníbal Guzmán-Ávalos

Fecha de recepción: 28 de octubre de 2020
Fecha de aceptación :17 de noviembre de 2020

RESUMEN: La paternidad es el vínculo natural y jurídico establecido entre el hijo(a) y el padre; a través de ella se logra el reconocimiento jurídico de la unión de sangre existente entre ambos. Sin embargo, la unión natural y jurídica entre hijo(a) y padre no siempre se encuentran asociadas, debido a que puede existir una relación biológica pero no jurídica o, por el contrario, puede existir una filiación jurídica que no sea biológica. Lo anterior ha generado que, en la actualidad, algunos hijos e hijas que nacen fuera del matrimonio en México mantengan una relación de tipo biológica con su progenitor, pero no de carácter jurídico, debido a la falta del reconocimiento voluntario o a la ausencia de una reclamación de paternidad, lo que, de facto, genera la existencia de menores de edad carentes de filiación paterna y, por consecuencia, el incumplimiento del principio del interés superior del niño y del derecho a la identidad, reconocidos en la Constitución Mexicana y en algunos tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte. La ineffectividad de los mecanismos jurídicos para evitar esta problemática obliga a generar alternativas para solucionarla, una de ellas es: la regulación de la investigación de la paternidad de índole oficiosa.

ABSTRACT: Paternity is the natural and legal bond established between the child and the father; through paternity legal recognition of the existing blood union between both of them is achieved. However, the natural and legal union between child and father are not always associated, because there may be a biological relationship but not a legal liaison or, on the contrary, there may be a legal affiliation without a biological connection. Consequently, nowadays, some sons and daughters who are born out of wedlock in Mexico maintain a biological connection with their parent, without a legal relation, due to the lack of voluntary recognition of paternity or the absence of a request for an investigation of paternity by the person who exercise the parental authority of the child, which, in fact, generates the existence of minors lacking parentage and, consequently, the violation of the principle of the best interests of the child and the right to identity, recognized in the Mexican Constitution and in some international human rights treaties ratified by Mexico. The ineffectiveness of the legal mechanisms to avoid this problem forces to generate alternatives to solve it, one of them is: the regulation of the ex-officio paternity investigation.

PALABRAS CLAVE: Derecho, familia, paternidad.

KEYWORDS: Law, Family, parenthood.

SUMARIO. 1. Familia y Constitución. 2. Evolución de la filiación. 3. Interés superior del menor 4. Derecho de identidad. 5. Eficacia de las disposiciones constitucionales. 6. El reconocimiento. 7. La investigación de la paternidad. 8. Algunas experiencias. A manera de reflexión. Referencias

INTRODUCCIÓN

La filiación es un asunto de interés social; su atribución es responsabilidad primaria de los progenitores y, en el supuesto de hijos que nacen de padres que no están unidos en un vínculo matrimonial, que no han recibido reconocimiento voluntario o a favor de los cuales no se ha realizado una investigación de paternidad, esa responsabilidad se traslada al Estado, que debe garantizar a las niñas y los niños una paternidad mediante el establecimiento de medidas oportunas que den cumplimiento a los mandatos constitucionales y a los convenios internacionales.

La inclusión, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del principio del interés superior del menor y del derecho a la identidad, la filiación, la figura más importante del Derecho de Familia, requiere de un tratamiento especial para dar cumplimiento a la Carta Magna. La incorporación de estos principios en la Constitución no es suficiente, hay que hacerlos efectivos para que todas las niñas y los niños gocen de un desarrollo holístico.

En este trabajo, por principio, se establece una relación entre la familia y la Constitución debido a la constitucionalización del Derecho de Familia que se viene generando en México. Enseguida, para patentizar la transformación que ha tenido la filiación en México, se esboza la evolución de la figura a través de los años; posteriormente se hace un recuento del principio del interés superior del menor y del derecho a la identidad, principios incorporados en la Constitución mexicana que sirven de premisas para sostener la implementación de una investigación de la paternidad de oficio a favor de los hijos que nacen de padres solteros y que no son reconocidos voluntariamente por sus progenitores o que no reclaman la paternidad que les permita el goce de los efectos que genera la filiación, a fin de alcanzar el máximo desarrollo integral, como se establece en la Carta Magna. Solamente así se puede cumplir con el derecho a la identidad y con el interés superior de las niñas y los niños. Por ello se da cuenta de los medios legales que hoy ofrece la legislación para obtener la filiación: el reconocimiento voluntario y la investigación de la paternidad; se cuestiona la efectividad de estos y, por último, se presentan las experiencias de otros lugares, tanto del país como extranjeros, en los cuales se han regulado los procedimientos para conseguir la atribución de la paternidad de forma expedita.

1. **FAMILIA Y CONSTITUCIÓN**

El título de este trabajo pareciera un poco extraño, toda vez que paternidad y Constitución son conceptos jurídicos de distinta naturaleza y de diferentes raíces, lo mismo que familia y Constitución. Sin embargo, la paternidad es un elemento esencial en la familia y, por supuesto, en la regulación de esta.

La Constitución mexicana de 1917 fue la primera en normar derechos económicos y sociales, así como la primera en el mundo en introducir un derecho de la familia, como refiere la fracción XXVIII del artículo 123, al regular el patrimonio familiar con la finalidad de proteger los bienes al quedar afectos a un fin, con las características de ser inalienables e inembargables.

No obstante, la verdadera configuración de un Derecho de Familia comienza en 1974, cuando al artículo 4º se le adiciona lo que hoy es su párrafo primero, que decía “El varón y la mujer...” Este fue recientemente modificado al sustituir la palabra varón por hombre y mencionar en primer término a la mujer, para quedar como sigue: “La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

En ese mismo año, con motivo de las deliberaciones de la Conferencia Mundial de Población, se insertó un tercer párrafo, hoy segundo, dando paso a una nueva política demográfica, que textualmente señala: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”. Este postulado destacaba la paternidad y la maternidad responsables, para que todas las niñas y los niños que nacieran en el país fueran fruto de la libre decisión de sus progenitores, siendo estos conscientes de las condiciones necesarias de subsistencia que les pudieran otorgar a aquellos, siempre dentro de un marco de responsabilidad y compromiso.

Así, en 1980 se adicionó el siguiente párrafo: “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”. Esta disposición comienza a configurar la protección a las niñas y los niños, que se refuerza en el 2000 al establecer por primera vez que “Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”. “Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos...”

Sin embargo, fue hasta 2011 –con la reforma sobre derechos humanos– que se introdujo el hoy párrafo noveno del artículo 4º, para incorporar el interés superior de la niñez como principio rector en todas las decisiones y actuaciones del Estado. Se busca con esto garantizar plenamente

los derechos de los infantes, principio que debe guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

No obstante, más significativo para los fines del trabajo que aquí presentamos, resulta ser el párrafo adicionado en junio de 2014, que a la letra dice:

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

Esta declaración constitucional conlleva a reflexionar sobre la necesidad de hacer efectivo ese derecho. El derecho de niñas y niños a conocer su origen no es otra cosa que determinar su filiación, de la que deriva la maternidad y la paternidad. La filiación materna generalmente no tiene problema, pero la paterna sí que los tiene, en el supuesto de que los niños nazcan fuera de un vínculo matrimonial y si no se reconoce voluntariamente tal paternidad o se la investiga, puesto que se quedan sin esa filiación, y consecuentemente no se cumple con el multicitado derecho a la identidad. En tal virtud, si se quiere hacer efectivo el postulado de la Constitución, deben implementarse decisiones contundentes con la intervención de autoridades competentes y la realización de legislación especial que se expida para tal efecto.

2. EVOLUCIÓN DE LA FILIACIÓN

La relación de filiación se basa en dos elementos desde el punto de vista físico: la maternidad y la paternidad, ya que toda persona tiene un padre y una madre. No obstante, hechos naturales idénticos tienen un tratamiento jurídico distinto por diversas circunstancias; la relación jurídica solo existe entre el hijo(a) y sus dos progenitores.

En principio, la filiación es una relación biológica y jurídica, porque al vínculo de sangre se une la relación jurídica. Ello no impide, sin embargo, que pueda darse una relación biológica, pero no jurídica (cuando no aparecen los padres ante el derecho); o por el contrario, puede constar una filiación jurídica que no sea biológica (cuando un hombre registra al hijo o a la hija de su mujer, sabiendo que él no es su progenitor, o cuando un hombre o una mujer reconocen fuera de matrimonio a un hijo o a una hija que no han procreado)¹

La filiación no siempre ha tenido el mismo tratamiento, por lo que vale la pena hacer una breve semblanza de su evolución en México. En los pueblos indígenas parece ser que no había ninguna estigmatización de los hijos, cualquiera que fuera su procedencia, toda vez que la poligamia era

¹ Guzmán Avalos, Aníbal. *La filiación en los albores del siglo XXI*. Ed. Porrúa, México, 2002
R.E.D.S. núm. 17, Julio-Diciembre 2020

lícita y frecuente, lo que daba lugar a una serie gradual de uniones, consecuentemente, la separación y la clasificación de los hijos era difícil de precisar.²

Durante la época colonial se implantaron concepciones religiosas, clasificando y distinguiendo a los hijos según su origen, lo que repercutía en efectos incluso patrimoniales en perjuicio de la prole que nacía fuera de un vínculo matrimonial.

En el México independiente, con la codificación, se copiaron los esquemas europeos que enfatizaron la distinción y la estigmatización de los hijos nacidos fuera de matrimonio, a quienes se les llamó “ilegítimos” porque se encontraban al margen social y ético del matrimonio.

A principios del siglo pasado, se comenzó por eliminar la distinción y clasificación de los hijos que no tenían la fortuna de nacer de dos personas unidas en vínculo matrimonial, a los que se denominaba “hijos naturales”. Al efecto, Antonio de Ibarrola³ señalaba:

Hemos borrado ya de nuestros códigos la distinción y la clasificación de hijos naturales en adúlterinos, los ilegítimos habidos de la unión de personas, de las cuales, al menos una de ellas, estuviera casada con persona distinta; incestuosos, los habidos entre personas que no podían contraer matrimonio entre sí, sin la obtención de dispensa, por razón de parentesco. Los hijos nefarios eran los habidos entre parientes que no podían contraer matrimonio entre sí, por ser imposible concedérseles la dispensa. En derecho anterior fueron llamados hijos sacrílegos los habidos entre personas de las cuales una o ambas estuvieran ligadas por voto solemne de castidad. Entiéndase bien que el sacrilegio lo cometían los padres, no el niño. Hijos mánceres eran los habidos de prostituta cuya denominación era precisa para distinguirlos en el derecho anterior, en que por tradición del derecho romano se reconocían con eficacia jurídica el concubinato y la barraganía.

Sin embargo, fue con la Ley de Relaciones Familiares de 1917 que se suprimieron los calificativos que se adjudicaban a los hijos que nacían sin que sus padres estuvieran casados. Así, en los años sesenta del siglo pasado se borró del sistema de filiación mexicano el término ‘ilegítimo’, que en sí mismo conlleva una reprobación axiológica.

Hoy, solo en algunas legislaciones locales permanece la clasificación de hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. Se espera que esta distinción se elimine de las legislaciones civiles en los ordenamientos legales de los Estados que aún la conservan y del Código Civil Federal, como ya lo hacen Coahuila, la Ciudad de México, Guerrero, Puebla, Quintana Roo, Tabasco, Tamaulipas y Tlaxcala, que hablan de hijos únicamente, sin que importe el estado civil de sus progenitores. En este siglo no debe haber discriminación de ninguna clase, pues no puede marcarse la existencia de un hijo o de una hija inocente desde su nacimiento.

² Esquivel Obregón, Toribio. *Apuntes para la historia del derecho en México. Tomo I, Los orígenes*. Ed. Polis, México, 1937, p., 363

³ *Derecho de familia*, Ed. Porrúa, México, 2011, p. 393
R.E.D.S. núm. 17, Julio-Diciembre 2020

No obstante lo anterior, hay que subrayar que, independientemente de que se distinga entre hijos dentro o fuera del matrimonio, se provocan los mismos efectos. Claro, para el caso de las niñas y los niños cuyos padres no están unidos en matrimonio, se requiere del reconocimiento voluntario o de la reclamación de su filiación, pues de lo contrario no se producen los efectos buscados. Eso es lo que motiva este trabajo.

3. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Como he señalado en el primer apartado, en la Constitución General de la República, en el artículo 4º, se incorporó el interés superior de la niñez como principio rector y, atendiendo a las reformas que en esta materia se hicieran en 2011, se constituye en un derecho humano de los menores. Luego entonces, es natural que, en vista de que las niñas y los niños son indefensos desde su nacimiento, se declare su protección por parte de los generadores de la relación paterno filial: padre, madre, abuelos, etc., quienes tienen la obligación o deber primario de cumplir con sus alimentos.

El mandato constitucional se refiere a la niñez sin ningún menoscabo de desigualdad, “cuyo mejor beneficio y menor perjuicio hay que encontrar”⁴. Por su lado, el propio artículo 1º Constitucional, párrafo quinto, aplicable también a la defensa e igualdad de los niños y las niñas, señala que las garantías se otorgan a todo individuo (los menores son individuos sin capacidad de ejercicio) y prohíbe la discriminación por razón de edad. Este mandato se reflejaba en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el 2000, y en la relativa a cada entidad federativa, así como en la nueva Ley General para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de 2014.

Los tribunales han refrendado el sentir constitucional a través de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien sostiene que el sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales, leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor:

Implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o la niña a quien van dirigidos.⁵

Esta Primera Sala emitió los alcances y funciones normativas del interés superior del menor, y señala que van dirigidos a garantizar y proteger el desarrollo y el ejercicio pleno de los derechos de este, que son criterios rectores para elaborar normas y aplicarlas en todos los órdenes de la

⁴ Rivero Hernández, Francisco. *El interés superior del menor*. Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 20

⁵ Semanario Judicial de la Federación, 2011, I.5º C. J/14, Civil 9º Época, t. XXXIII, p. 2187
R.E.D.S. núm. 17, Julio-Diciembre 2020

vida del menor, conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño. Sus “dos funciones normativas son: a) como principio jurídico garantista y b) como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos de los menores”.⁶

Se ha dicho que el interés superior del menor es un concepto de difícil definición.⁷ No obstante, este inunda hoy todo el régimen legal e irradia energía jurídica. Los Tribunales Federales han intentado explicar que se trata de un catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar en la niñez un desarrollo humano integral y una vida digna. La protección de los infantes debe ser promovida y garantizada por el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público y de interés social.⁸

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia señala que este concepto no es de fácil aplicación y se requiere encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste así, paralelamente, determinarlo concretamente en los casos correspondientes. Por ello cabe estructurarlo en tres zonas: La primera es de certeza positiva, y contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. La segunda zona es de certeza negativa, y consiste en estar fuera del concepto indeterminado; la última, denominada la zona intermedia, es más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, respecto de la cual cabe tomar varias decisiones.

Sigue señalando, que para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario, en esta última zona, precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven; por tanto, no siempre es el mismo, y ni siquiera tiene carácter general para todos los hijos(as), pues varía en función de las circunstancias personales y familiares; aún más cuando se pasa del plano jurídico al cultural. Por tanto, son los tribunales quienes deben establecer con exactitud los límites del interés superior del menor para cada hecho planteado, haciendo uso de valores o criterios racionales.

Esos criterios deben satisfacer no solamente las necesidades materiales vitales del menor, sino las espirituales, afectivas y educacionales; atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y, si es posible, mantener el *statu quo* material y espiritual del menor atendiendo a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro.

⁶ Semanario Judicial de la Federación, 2012, 1ª Sala. 10ª Época, Libro IX, t. 1, p. 261

⁷ Rivero Hernández. *Op.cit.* p. 20

⁸ Semanario Judicial de la Federación, 2011, I.5º J/16. T. XXXIII, pág. 2188
R.E.D.S. núm. 17, Julio-Diciembre 2020

Asimismo, es necesario advertir que, para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego; deben procurarse la concordancia e interpretación de las normas jurídicas, en la línea de favorecer al menor.

Lo cierto es que los tribunales federales han resuelto infinidad de casos con base en el interés superior del menor, siempre buscando el mejor beneficio para las niñas y los niños, toda vez que es el principio rector del entrecruzamiento entre derechos humanos y derechos de las niñas y los niños.⁹

Por ello no debe perderse de vista que el interés superior del niño, de acuerdo con la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño, es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención, así como el desarrollo holístico del niño. Se habla de un concepto triple: a) como derecho sustantivo, es una consideración primordial que este se evalúe y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, teniendo la garantía que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que les afecte a los infantes, ya que el artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados referida a la aplicabilidad inmediata, lo cual puede invocarse ante los tribunales. b) Como principio jurídico interpretativo fundamental, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elige la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y en sus Protocolos Facultativos establecen el marco interpretativo. c) Como una norma de procedimiento, siempre que haya la necesidad de tomar una decisión que afecte a niños y niñas, deberá incluirse una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o en los niños interesados, debiendo explicar los Estados partes en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

4. DERECHO DE IDENTIDAD

Como he señalado líneas arriba, la Constitución, en su artículo 4º, expresa que “Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado

⁹ Herrera, Marisa. *Manual de derecho de las familias*. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, p. 39
R.E.D.S. núm. 17, Julio-Diciembre 2020

garantizará el cumplimiento de estos derechos...”. Esto nos conduce a recordar el postulado de los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los derechos de niños:

El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

Este derecho a la identidad es relevante para el individuo, de acuerdo con los Tribunales federales, toda vez que debe darse prioridad al innegable derecho de un menor a conocer su filiación, esto es, la identidad de sus ascendientes, además de que le sean satisfechas sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo pleno e integral, y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aun en el caso de estar separados, salvo que vaya en contra del interés superior de la niña o el niño,¹⁰ toda vez que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia sustenta que el menor debe conocer su origen biológico, porque ello incide en la formación de su personalidad; lo contrario le puede acarrear problemas personales, psiquiátricos y de desarrollo de la personalidad. El conocimiento de dichos orígenes está protegido tanto por el derecho a la identidad como por el derecho a la salud mental, ya que tal conocimiento puede revelar información relevante para prevenir o tratar afectaciones médicas.¹¹

El derecho a la identidad también entraña el reconocimiento jurídico-social de toda persona como sujeto de derechos, de su pertenencia a un Estado, territorio, sociedad y familia. En otras palabras –señala la Primera Sala–, es una condición necesaria para preservar tanto la dignidad individual como la colectiva;¹² en otras tesis, la misma Sala afirma que abarca el compromiso político del Estado tendente a garantizar a los niños la preservación de los vínculos familiares;¹³ contruidos a través de múltiples factores psicológicos, sociales, axiológicos y principios que le transmiten al infante las personas para él significativas en sus primeros años de vida y es lo que define su personalidad.¹⁴

La filiación extramatrimonial únicamente se puede asegurar si se facilita y se apoya su atribución, pues no basta que las niñas y los niños solamente tengan una filiación, y se reprocha jurídicamente cuando no es reconocida espontáneamente, ya que el deber de reconocer a la hija(o) es un deber jurídico, aunque el reconocimiento como acto jurídico sea voluntario.

¹⁰ Semanario Judicial de la Federación, 2013, Tesis: I.3° C.120 C 10ª época pág. 2431

¹¹ Semanario Judicial de la Federación, 2012, Tesis: 1ª XLIV 10ª época pág. 274

¹² Semanario Judicial de la Federación, 2016: Tesis: III.2° C.37 C 10ª época pág. 1700

¹³ Semanario Judicial de la Federación, 2017, Tesis: 1ª XXIV I 10ª época pág. 649

¹⁴ Semanario Judicial de la Federación, 2017, Tesis: 1ª LXXIII 10ª época pág. 580
R.E.D.S. núm. 17, Julio-Diciembre 2020

El incumplimiento de ese deber implica una responsabilidad jurídica para el progenitor que omite el reconocimiento y este deberá responder por los daños que cause a quien tenía derecho a esperar el cumplimiento de ese deber jurídico. En consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial, debe ser integral, hasta comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.¹⁵

5. EFICACIA DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Ahora bien, con sendas declaraciones constitucionales: interés superior del menor y derecho a la identidad, en congruencia con la Convención sobre los derechos del niño y con las interpretaciones judiciales, se impone al Estado la protección de los infantes.

Es verdad que corresponde al Estado velar y cumplir con los postulados constitucionales; pero también es verdad que, en primera instancia, la protección se solicita del padre, de la madre, de los abuelos, etc., que son los generadores de la relación paterno filial y quienes tienen la obligación o el deber primario de cumplir todas las necesidades de nombre, alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para el desarrollo integral de niñas y niños. No obstante, al no cumplir voluntariamente con esa responsabilidad, el Estado debe generar las condiciones necesarias para garantizar esa protección y no hacer nugatorios los derechos infantiles.

En tal virtud, hay que hacer efectivo el mandato constitucional de que los menores tengan un desarrollo humano integral y una vida digna generando las condiciones materiales que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, a través del establecimiento efectivo de su filiación.

La atribución de la filiación de las niñas y los niños cuyos padres están casados generalmente no tiene problemas, ya que se cuenta con un medio de prueba privilegiado, que es el matrimonio de los padres, donde opera la presunción de paternidad. Lo complicado es el establecimiento de la filiación de los menores que nacen fuera de matrimonio, toda vez que la paternidad y maternidad solo se pueden establecer a través del reconocimiento voluntario o por medio de la investigación que se haga de las mismas, con todos los bemoles que sabemos que ello entraña.

He aquí el problema, ya que, si bien es cierto que en México no hay diferencia entre los hijos, también es cierto, que, si estos nacen de padres que no se encuentran unidos en matrimonio, que omitieron el reconocimiento voluntario, no tendrán los efectos de la filiación. ¿Cómo podemos garantizar a todas las niñas y los niños sus derechos? ¿Cómo podemos sostener la igualdad entre

¹⁵ Álvarez, R. M. *Derecho a la identidad*. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. pp. 116-117

las niñas y los niños si no se les garantiza su filiación? Sobre todo, garantizar la paterna; porque es más factible adquirir la materna.

El sistema jurídico mexicano en materia de filiación establece que la filiación de los hijos que nacen de padres que no están unidos en un vínculo de matrimonio se prueba por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad o la maternidad. En tal virtud, se hacen las siguientes precisiones.

6. EL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento es el principal conducto para determinar la filiación de los hijos cuyos padres no están unidos en matrimonio; se trata de un acto jurídico por medio del cual la ley establece la paternidad y la maternidad de los hijos cuyos padres no están casados, teniendo como efecto la constitución de un estado de filiación que les permite ejercitar sus derechos.

Lo cierto es que, hasta ahora, parece ser potestativo que los progenitores reconozcan voluntariamente a sus hijos. El padre o la madre asumen sin imposición su propia paternidad o maternidad; pero se hace necesario un cambio, ya no se puede seguir pensando como Puig Brutai¹⁶ quien señala que la filiación no se puede obtener por la fuerza, toda vez que el progenitor puede tener el deber moral de reconocer, pero no tiene la obligación jurídica de hacerlo.

La Constitución solo declara: “Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrada de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos...”, pero también es cierto que no existe nada que haga efectiva esa disposición.

Algunas legislaciones civiles y de familia locales de la república, como la del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), disponen categóricamente: “El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos” (artículo 60). En el artículo 686 del Código Civil de Veracruz se señala exactamente la misma disposición. Hidalgo consigna: “La madre y el padre solteros tienen obligación de reconocer a su hijo...” (artículo 190). Sin embargo, hay que aceptar que dichos preceptos son una declaración que solamente impone la obligación del reconocimiento, pero no señala algún efecto a su inobservancia.

¹⁶ *Compendio de Derecho Civil, Vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*. Ed. Bosch, Barcelona 1990, p. 134), R.E.D.S. núm. 17, Julio-Diciembre 2020

El padre, la madre o ambos pueden realizar el reconocimiento conjunta o separadamente. Si ambos llevan a cabo el reconocimiento, sus descendientes no tienen ningún problema porque gozarán de todos los efectos de esa filiación.

Cuando solo uno de los progenitores realiza el reconocimiento, los efectos que se producen operan únicamente para quien lo realiza y no respecto del otro progenitor. En este caso, quien suele reconocer es la madre que, por efecto del parto, comúnmente aparece identificada, sucediendo que el padre las más de las veces no se hace presente, y hay prohibición de inscribir datos que revelen su identidad, lo que resulta en perjuicio de los intereses de niñas y niños, otorgando mayor protección a las personas adultas en su intimidad y privacidad, pues se pueden desligar de cualquier imputación de paternidad sin asumir su responsabilidad, por encima de la protección de los intereses de la infancia.¹⁷ Esto torna nugatorios los postulados constitucionales del derecho a la identidad y el interés superior del menor.

A propósito, la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo, en una tesis aislada, que el interés superior del menor tiene como función la efectividad imperativa de sus derechos subjetivos, privilegiándose ante intereses de terceros, como un núcleo duro de derechos y, en su caso, al haber derechos de terceros, los del menor se deben aplicar según las circunstancias del caso; además hay derechos que no admiten restricción alguna y, por tanto, constituyen un límite infranqueable que alcanza, particularmente, al legislador; como el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar actividades propias de la edad (recreativas, culturales, etcétera) y a las garantías del derecho penal y procesal penal; Así mismo este interés superior, como principio garantista también implica la obligación de priorizar las políticas públicas destinadas a garantizar el “núcleo duro” de los derechos¹⁸

En otra sentencia se enfatiza que el interés superior del menor es prioritario en el sistema jurídico mexicano y se delimita con precisión y claridad los derechos y obligaciones de los adultos en relación con los niños, para que estos alcancen el mayor bienestar y beneficio posibles: “... como un imperativo de la sociedad; de manera que su protección se ubica incluso por encima de la que debe darse a los derechos de los adultos...”¹⁹

Asimismo, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes a nivel federal señala como principio rector de su protección el interés superior de la infancia, y enfatiza

¹⁷ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. *Derecho de familia*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 246

¹⁸ Semanario Judicial de la Federación, 2012, 1ª Sala. 10ª Época, t. Libro IX, t. 1, p. 260

¹⁹ Semanario Judicial de la Federación, 2011, I.5o.C. J/14, Civil Novena Época, t. XXXIII, p. 2187

que el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de sus derechos.

Los tiempos han cambiado, la sociedad ha cambiado y los derechos de los menores se hacen cada vez más patentes, así que, si el Estado quiere dar protección integral a los niños y las niñas, debe tomar medidas contundentes e imponer esa obligación jurídica a todo aquel que procrea hijos e hijas.

Algunas entidades federativas tipifican conductas contra la filiación y el estado civil,²⁰ pero no resuelven el problema de la atribución de paternidad, sino más bien son un tipo penal para los encargados del registro civil y no propiamente para los progenitores; sin considerar que no se consigue el efecto deseado, ya que de nada sirve que los padres sean condenados a prisión y se desentiendan de sus obligaciones; lo anhelado es que se hagan responsables de sus deberes proveyendo de lo necesario a sus hijos.

Lo cierto es que con todo lo anterior no se consigue el fin esperado, y se deja a las niñas y los niños sin ese derecho a la identidad; sin embargo, todavía tienen a su favor la acción de investigación de la paternidad.

7. LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Si no existe el reconocimiento voluntario del padre, la ley otorga el derecho a las hijas y a los hijos nacidos fuera de matrimonio de obtener la determinación de su filiación por medio de una sentencia, en un procedimiento de investigación de la paternidad. Se trata de la acción por excelencia de la filiación; no obstante, es la forma más tortuosa por la que esta se pueda establecer, ya que puede significar recorrer diversas instancias para obtener la declaración judicial deseada.

Intentar esta acción en el sistema jurídico mexicano era muy restringido, ya que se requería que concurriera determinada circunstancia; por ejemplo, que la época del delito coincidiera con el de la concepción, en los casos de rapto, estupro o violación; que el hijo se encontrara en posesión de estado de hijo del progenitor cuya paternidad o maternidad se pretendiera; que el hijo se hubiera concebido durante el tiempo en que los presuntos padres habitaban bajo el mismo techo, viviendo como marido y mujer; y, por último, que el hijo tuviera a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre o la pretendida madre. Estas circunstancias siguen vigentes en distintas

²⁰ Como en el caso del artículo 245 del Código Penal del Estado de Veracruz R.E.D.S. núm. 17, Julio-Diciembre 2020

legislaciones de las entidades federativas;²¹ en otras, como la Ciudad de México, esa disposición restringida se encuentra derogada, como creemos que es lo correcto.

No obstante, lo anterior no es totalmente efectivo. Sólo como muestra se confrontan los datos que revela el INEGI en el Estado de Veracruz con los proporcionados por la Dirección de Control y Estadística del Consejo de la Judicatura del Estado de Veracruz: para 2011 se registraron 18 728 niñas y niños sin filiación paterna; y solo 37 juicios de investigación de la paternidad se radicaron ese año; en 2012, se registraron 17 968 infantes y se iniciaron 156 juicios; en 2013, hubo 17 566 registros, con solo 155 juicios; en 2014, hubo 17 249 registros y 181 juicios; en 2015, 15 568 registros y 299 juicios; en 2016, de 14 049 registros se intentó la acción de 521 juicios; de 2017 no se cuenta aún con los datos del INEGI; sin embargo, había 96 juicios iniciados hasta mayo de 2017. Cabe aclarar que existen otras categorías en los datos del INEGI que pueden considerarse en este rubro, como el caso de hijos de mujeres separadas, viudas, en unión libre y divorciadas.

Se observa que, aun cuando existe un repunte, el porcentaje de investigación de la paternidad es muy bajo y puede ser que no se ejercite la acción, entre otros factores, por desconocimiento de los interesados, ignorancia, pobreza, marginación, apatías, etc., es aquí donde corresponde al Estado, en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, generar las condiciones para atribuir la paternidad y la maternidad, toda vez que se trata de un asunto de orden público y de interés social.

El círculo debe cerrarse, por lo que, si no se obtiene una filiación extramatrimonial libremente a través del reconocimiento, debe lograrse la atribución de la paternidad y la maternidad con decisiones estatales que garanticen a los niños y las niñas el establecimiento efectivo de su filiación, respondiéndose así al mandato constitucional.

Es verdad que hay reformas para ampliar el restringido campo de las causas para ejercitar la acción y preparar el procedimiento y, en el extremo de una negativa, está regulada la *ficta confessio*, negativa que se ha manejado como una nueva presunción de paternidad, así como tesis aisladas y jurisprudencia de los tribunales federales, siempre y cuando se intente la acción de investigación de la paternidad; sin embargo, ello no acaba con el porcentaje de niños registrados sin padre y, desde luego, quedan sin producirse los efectos que conlleva la filiación.

Si el Estado verdaderamente quiere dirigir el diseño y la ejecución de una política pública de protección integral a las niñas y los niños que haga efectivos de manera plena sus derechos, debe tomar decisiones más contundentes que satisfagan tales derechos, proveyendo mecanismos que

²¹ Véase el artículo 314 del Código Civil de Veracruz, solo que por fortuna, se ha adicionado que la paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquier prueba biológica o que provenga del avance de los conocimientos científicos

garanticen a los infantes una filiación materna y paterna, exigiendo a los progenitores responsabilidad por sus actos, a fin de garantizar ese desarrollo holístico pretendido en los instrumentos internacionales y nacionales.

Las medidas protectoras no pueden quedarse a medio camino, pues no se cumpliría cabalmente con lo estipulado en el artículo 4° de nuestra Carta Magna ni con el artículo 7 de la Convención de los Derechos de los Niños. Hay que ir más allá, para lograr satisfacer los derechos que los niños y las niñas tienen de conocer su origen y de aspirar a la dignidad humana, igualdad, no discriminación, entre otros.

8. ALGUNAS EXPERIENCIAS

La paternidad es un asunto que preocupa en todo el mundo y, si se quiere cumplir con los derechos de las niñas y los niños, se tienen que establecer mecanismos para hacer efectivos sus derechos. En México hay entidades federativas que ya han regulado medidas para conseguirlo, y otros países también han hecho lo procedente al respecto. Veamos algunas de esas experiencias.

En la entidad federativa de Zacatecas, en el artículo 332 de su código familiar, hoy derogado, se presentaba un avance al prescribir:

Cuando uno de los progenitores reconozca separadamente un hijo, podrán consignar el nombre de la madre o padre, según sea el caso. En este supuesto serán emplazados personalmente de la imputación, apercibidos de que, si no ejercen la acción de contradicción o paternidad, en un término de treinta días hábiles, se inscribirá el hijo como suyo. En caso de negativa se registrará al menor, con el nombre y apellidos de quien lo reconoce y se remitirán las actuaciones al juez familiar, quien deberá resolver conforme a derecho.

En el 2004 se expidió en el estado de Tamaulipas la Ley de Paternidad y Maternidad Responsable, Decreto No. LVIII-857, que establece el procedimiento referido a la presunción de paternidad de hijos de padres solteros, cuando el infante no es reconocido voluntariamente por el progenitor y solamente se presenta la madre al reconocimiento, manifestando los datos de identificación y localización del presunto padre; a este se le notifica la imputación, y la aceptación o no oposición da lugar al reconocimiento administrativo de la paternidad. Por el contrario, si el sujeto comparece y rehúsa la paternidad, se le ordena la práctica de la prueba genética y, en caso

de negarse o no presentarse, se presume la paternidad; en este caso la madre puede tramitar un incidente para que se le reembolsen gastos de embarazo, de maternidad y de alimentos.

Por su parte, el estado de Sonora establece, en su código de familia de 2011, que el Oficial del Registro Civil deberá informar mensualmente al procurador de la Defensa del Menor y la Familia o al Ministerio Público, en su caso, sobre las inscripciones de nacimiento de hijos monoparentales, señalando el nombre y el domicilio del progenitor conocido, a fin de que uno de sus agentes lo entreviste y se obtenga, por vía del convencimiento, la identidad y el domicilio del otro progenitor, a fin de promover el reconocimiento de la paternidad o la maternidad, a través de la mediación o conciliación institucional, así como el cumplimiento voluntario de las obligaciones derivadas del vínculo genético. Para lograr este efecto, se puede recurrir a las pruebas biológicas a cargo del Estado, cuando el presunto padre solicite la comprobación del vínculo como condición para el reconocimiento. Además, el Oficial del Registro Civil tiene la obligación de informar y orientar al progenitor para que presente al menor para su registro, e informarle sobre el derecho a promover el reconocimiento de la paternidad, o la maternidad en su caso, señalando las instituciones a las que se podrá acudir para recibir la asistencia jurídica necesaria.

En América Latina encontramos las regulaciones de Costa Rica, Honduras y Argentina.

Costa Rica expidió en 2001 la Ley de Paternidad Responsable que permite la atribución de la paternidad por el solo señalamiento de la madre (no sin ser apercibida de las sanciones legales en que incurre si declara en falsedad). Si el presunto padre no manifiesta oposición en un término de diez días después de haber sido notificado, se da lugar al reconocimiento administrativo de la paternidad; por el contrario, si se presenta, se les notifica a ambos para presentarse a la práctica de la prueba genética al infante y al presunto padre; si este no se presenta, se presume su paternidad y, en tal caso, se le condena al pago de gastos de embarazo y alimentos, retroactivos desde la presentación de la demanda.

En Honduras, en 2013 se expidió la Ley Especial para una Maternidad y Paternidad Responsable, Decreto No. 92-2013, la cual persigue los mismos objetivos, ya que la madre que se presenta sola puede hacer la imputación de la paternidad informando la identificación y localización del presunto progenitor, debiendo citar a este para que acepte o rechace la imputación. Esta inscripción queda firme si la acepta o no se presenta en un término de un año.

En la Argentina, el código civil y comercial que entró en vigor en 2014 regula la reclamación en los supuestos en que solo está determinada la maternidad, e indica que el Registro Civil debe comunicar el reclamo al Ministerio Público, quien debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo de parte del presunto padre. Para esos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda la información que

contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa. Es una medida contundente para que no haya hijos sin filiación. El hecho de fijar alimentos desde inicio del juicio o antes completa la medida y, aún más, se prevé la reparación del daño causado.

A MANERA DE REFLEXIÓN

La filiación es una institución de orden público y, si se pretende garantizar los derechos de las niñas y los niños, es imprescindible que se tomen medidas contundentes para atribuir la a los hijos que nacen sin que sus padres tengan una relación matrimonial, con mayor intervención por parte del Estado, simplificando el procedimiento hasta ahora regulado; de lo contrario, seguir un juicio de investigación de la paternidad es tortuoso y costoso, de tal modo que en pocas ocasiones se puede llevar a cabo.

El título “Paternidad responsable: mandato constitucional” corresponde a que los principios de derecho a la identidad y el interés superior del menor están consagrados en el artículo 4° de la Carta Magna, pero no deben permanecer como simple declaraciones: deben hacerse efectivos.

La propuesta a este efecto consiste en implementar un procedimiento de oficio con la intervención del Encargado del Registro Civil, para que, una vez enterado del reconocimiento de una niña o de un niño por parte de uno solo de sus progenitores (la madre), inste a quien reconoce para que revele la identidad del otro progenitor –siempre advirtiéndole de las penas que la ley impone a quien se conduce con falsedad– y se turne al Fiscal competente o autoridad especial con atribuciones especiales para que, en ejercicio de sus facultades, se inicie una investigación administrativa de la paternidad, garantizando de esta manera el derecho a la identidad de los niños y las niñas, a fin de que estos gocen verdaderamente de un desarrollo humano integral y vivan una vida digna. Lo importante y crucial aquí es la voluntad política de hacer efectivos los postulados constitucionales.

Para conseguir esa paternidad constitucional, es preciso involucrar a funcionarios entre cuyas facultades se encuentre la de ejercitar acciones y medidas para cumplir con sendos postulados: funcionarios que pueden ser los fiscales, procuradores estatales de niñas, niños y adolescentes, procuradores de la defensa de la familia, consejos estatales de asistencia para la niñez y la adolescencia; cualquier autoridad, pues, con competencia especial o creada para el caso.

Ya basta de prejuicios sociales y de reformas a medias. Se requiere de un cambio definitivo que lleve a otorgar las mismas oportunidades a todos los menores. Porque el hecho de que no haya

desigualdad en el trato entre hijos de matrimonio e hijos extramatrimoniales –aspiración que se ha logrado en México antes que en muchos países, aun de la Unión Europea– no es suficiente, porque no alcanza a los que no fueron reconocidos voluntariamente o de los que no se investigó la paternidad; pues, como bien señala Valpuesta Fernández²², “el principio de igualdad impone unas mismas consecuencias jurídicas para todos los hijos con independencia de la situación de los padres”.

Para concluir: el mandato constitucional exige una responsabilidad paternal que solo se puede conseguir en el momento en que se regule en los códigos civiles o de familia un procedimiento de oficio para atribuir la paternidad a los progenitores que no asumen voluntariamente su paternidad, como se ha realizado en los diferentes lugares que se enunciaron en el apartado anterior. De lo contrario, no se cumple con el derecho a la identidad y el interés superior del menor, porque el hijo no es registrado inmediatamente, ni el Estado asume ninguna responsabilidad.

REFERENCIAS

- Álvarez, R. M. *Derecho a la identidad*. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016
- Convención sobre los derechos del niño
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño
- Declaración de los Derechos del Niño
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Esquivel Obregón, Toribio. *Apuntes para la historia del derecho en México. Tomo I, Los orígenes*. Ed. Polis, México, 1937
- http://po.tamaulipas.gob.mx/wp-content/uploads/2012/08/Ley_Paternidad_Responsable2.pdf
- Guzmán Avalos, Aníbal. *La filiación en los albores del siglo XXI*. Ed. Porrúa, México, 2002
- Herrera, Marisa. *Manual de derecho de las familias*. Abeledoperrot, Buenos Aires, 2015
- Ibarrola, Antonio, de. *Derecho de familia*, Ed. Porrúa, México, 1978

²² *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*. Tirant le Blanch. Madrid, 2012, p. 35
R.E.D.S. núm. 17, Julio-Diciembre 2020

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. [Consulta el 7 de septiembre de 2018] Disponible en http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?c=

https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_ley_maternidad_paternidad_resp_slv.pdf

Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Veracruz

Ley sobre el sistema Estatal de Asistencia Social de Veracruz,

Ley de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes para el estado de Veracruz de Ignacio de la Llave

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. *Derecho de familia*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2007

Puig Brutai. *Compendio de Derecho Civil, Vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*. 1990, Ed. Bosch, Barcelona

Rivero Hernández, Francisco. *El interés del menor*. Ed. Dykinson, Madrid, 2007

Semanario Judicial de la Federación, 2011, I.5° C. J/14, Civil 9ª Época, t. XXXIII, p. 2187

Semanario Judicial de la Federación, 2012, 1ª Sala. 10ª Época, t. Libro IX, t. 1, Semanario judicial de la federación, 2011, I.5°. J/16. t. XXXIII, pág. 2188

Semanario judicial de la federación, 2013, Tesis: I.3o.C.120 C 10ª época pág. 2431

Semanario judicial de la federación, 2012, Tesis: 1ª XLIV 10ª época pág. 274

Semanario judicial de la federación, 2016, Tesis: III.2° C.37 C 10ª época pág. 1700

Semanario judicial de la federación, 2017, Tesis: 1ª XXIV I 10ª época pág. 649

Semanario judicial de la federación, 2017, Tesis: 1ª LXXIII 10ª época pág. 580

Semanario Judicial de la Federación. 2012, 1ª Sala. 10ª Época, t. Libro IX, t. 1, p. 260

Semanario Judicial de la Federación. 2011, I.5o.C. J/14, Civil Novena Época, t. XXXIII, p. 2187

Valpuesta Fernández, R *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia Europea*. Tirant le Blanch. Valencia, 2012 p. 35

DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS A FAVOR DO CÔNJUGE E POSTERIOR DIVÓRCIO OU SEPARAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL ESPANHOL: UMA ANÁLISE CRÍTICA E COMPARATIVA COM A LEI DE DIREITO CIVIL DA GALIZA E O DIREITO PORTUGUÊS

Diana Leiras

*Doutora em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela
Professora Adjunta Convidada no Instituto Politécnico do Cávado e do Ave*

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2020

Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2020

RESUMEN: Nestas breves páginas ocupamo-nos de uma questão que assume inegável interesse prático nos dias de hoje, que consiste em saber se as disposições testamentárias a favor do cônjuge são ineficazes quando em momento posterior ocorre divórcio ou separação e esta situação se mantém no momento da abertura da sucessão. A questão é analisada à luz do Código Civil espanhol, no qual, diferentemente do que sucede em algumas legislações forais, não está consagrada expressamente uma solução para a situação superveniente de crise conjugal. A questão tem sido amplamente debatida e tem conduzido a diferentes posições tanto na doutrina como na jurisprudência. A análise inclui a comparação com o Direito galego e português, nos quais a ineficácia/caducidade de tais disposições testamentárias por efeito do divórcio ou separação está expressamente consagrada.

ABSTRACT: In these brief pages we address an issue that today has an undeniable practical interest, which is whether the testamentary provisions in favor of the spouse are ineffective when, at a later time, the divorce or separation occurs and this situation continues at the time of succession opening. The issue is analyzed in the light of the Spanish Civil Code, in which, unlike what happens in some provincial laws, a solution to the supervening situation of marital crisis is not expressly enshrined. The subject has been widely debated and has given rise to different positions both in doctrine and in jurisprudence. The analysis includes a comparison with Galician and Portuguese laws, which expressly establish the ineffectiveness/expiration of these testamentary provisions due to the effect of divorce or separation.

PALABRAS CLAVE: disposições testamentárias, cônjuge, divórcio, separação

KEYWORDS: gambling, testamentary provisions, spouse, divorce, separation

SUMÁRIO: 1. Introdução. Algumas considerações sobre o divórcio e a separação nos Códigos Civis espanhol e português. A controvertibilidade da questão à luz do Código Civil espanhol. Em busca da sua solução. 3. As soluções consagradas no Direito galego e português. 4. Conclusões. 5. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIVÓRCIO E A SEPARAÇÃO NOS CÓDIGOS CIVIS ESPANHOL E PORTUGUÊS

Neste estudo será analisada a questão de saber se, à luz do Código Civil espanhol, as disposições testamentárias outorgadas pelo causante a favor do seu cônjuge são eficazes quando, à data da abertura da sucessão, não exista casamento, por este ter sido dissolvido por divórcio, ou exista, mas os cônjuges estão separados, legalmente ou só de facto.

No referido Código, ainda que a propositura da ação de separação ou divórcio (ou também de nulidade do casamento) determine *ope legis* a ineficácia definitiva dos consentimentos e poderes que qualquer um dos cônjuges tenha conferido ao outro (arts. 102.º/2.º e 106.º), não está consagrada qualquer norma que estabeleça a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge para as situações de crise matrimonial indicadas.

Propomo-nos fazer uma análise crítica e comparativa com a Lei de Direito Civil da Galiza e o Direito português de uma questão que assume inegável interesse, não só porque se insere no âmbito da sucessão testamentária, em que reina a vontade do testador (sem prejuízo das legítimas), mas também perante a fragilidade do casamento nos tempos modernos.

Com efeito, o Código Civil espanhol vigente permite que, qualquer dos cônjuges, unilateralmente, ponha fim ao vínculo conjugal, ou tão-só suspenda os seus efeitos (a Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria consagrou o divórcio e a separação a pedido, com exceção do caso previsto no art. 82.º CC esp.)¹. No Direito português é admitido livremente o divórcio e a separação (de pessoas e bens) por mútuo consentimento, ou, por vontade de apenas um dos cônjuges, mediante invocação e prova de um dos fundamentos de rutura do casamento indicados no art. 1781.º².

O divórcio determina a cessação das relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges (conforme resulta expressamente do art. 1688.º CC port.), sendo que em virtude da cessação das relações patrimoniais conjugais extingue-se o regime de bens do casamento e pode surgir a necessidade de realização da partilha do casal (arts. 95.º CC esp. e 1689.º CC port.). No que concerne às relações pessoais entre os cônjuges, com o divórcio cessam os deveres conjugais (arts. 67.º e 68.º CC esp. e 1672.º CC port.), entre os quais o de coabitação³ e de assistência mútua⁴.

¹ Vid. artigos 81.º e ss. do Código Civil espanhol (doravante CC esp.).

² Vid. artigos 1773.º e ss. do Código Civil português (doravante CC port.).

As decisões proferidas pelo conservador do registo civil no divórcio ou separação de pessoas e bens por mútuo consentimento produzem os mesmos efeitos que uma sentença judicial sobre idêntica matéria (arts. 1776.º/3 e 1794.º CC port.).

³ Bem sabendo que na generalidade dos casos os cônjuges deixam de viver juntos em momento prévio à propositura da ação de divórcio ou separação por um deles, o legislador espanhol prevê que admitida a ação, os cônjuges podem viver separados e cessa a presunção de convivência conjugal (art. 102.º/1.º CC esp.), e, ainda, que o cônjuge que pretende propor a ação pode requerer previamente autorização legal de separação fáctica (arts. 104.º CC esp. e 771.º da Ley 7/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

⁴ Quanto a este dever, em concreto no que respeita à obrigação de prestar alimentos, constatamos que são diferentes as soluções consagradas nos Códigos Civis espanhol e português.

No Direito comum espanhol a obrigação de prestar alimentos cessa com o divórcio: os arts. 143.º e 144.º CC esp. que indicam, respetivamente, quem está obrigado reciprocamente a prestar alimentos e a ordem a seguir no caso em que mais do que uma pessoa tem essa obrigação, não se referem ao ex-cônjuge.

No Direito português, como resulta do art. 1688.º CC port. (“sem prejuízo das disposições deste Código relativas a alimentos”), o dever de assistência não é afetado pelo divórcio no que respeita ao dever de prestar alimentos, extinguindo-se apenas a outra vertente deste direito (a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, cfr. art. 1675.º/1.º CC port.). Porém, ainda que o ex-cônjuge seja um dos obrigados a prestar alimentos, aparecendo inclusive em primeiro lugar na ordem de vinculação dessa obrigação (art. 2009.º/1, alínea a) CC port.), essa obrigação apresenta, desde a Lei 61/2008, de 31 de outubro, carácter excecional. De acordo com o art. 2016.º CC port., na redação dessa lei, “cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio” (n.º 1); e “o direito a alimentos pode ser negado, por razões manifestas de equidade” (n.º 2). Neste sentido, v.g. o Acórdão do STJ de 23 de outubro de 2012, proc. n.º 320/10.6TBTMR.C1.S1 (Relator: Hélder Roque), e o Acórdão do TRL de 21 de janeiro de 2014, proc. n.º 2489/11.3TBRR.L1-7 (Relatora: Cristina Coelho), ambos disponíveis in <http://www.dgsi.pt>.

Ao contrário do divórcio, a separação legal não destrói o vínculo conjugal, conservando os cônjuges a condição de tais⁵. Ainda assim, esta situação de crise conjugal produz importantes efeitos: nos termos do art. 83.º/1.º CC esp., “*la sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica*”; nos termos do art. 1795.º-A CC port., “a separação de pessoas e bens extingue os deveres de coabitação e assistência, sem prejuízo do direito a alimentos; quanto aos bens, produz os mesmos efeitos que produziria a dissolução do casamento” (art. 1795.º-A CC port.)⁶.

Por estarem em causa situações que evidenciam a extinção, ou apenas suspensão, da comunhão de vida conjugal, um dos efeitos patrimoniais que produzem consiste na exclusão dos direitos sucessórios legais viduais, legítimos ou *ab intestato* (arts. 834.º, 945.º CC esp., e 2133.º, n.º 3, 2157.º, *in fine*, CC port.).

Por último, cabe-nos atender à situação de separação de facto, que ocorre quando os cônjuges não oficializam juridicamente a sua separação⁷, levando a que aos “olhos” do Direito a relação de convivência e de afetos entre os cônjuges se mantenha e os deveres conjugais subsistam⁸.

Neste âmbito, cumpre-nos clarificar que não existe separação de facto quando a vivência conjugal cessa durante certo período por razões alheias à vontade dos cônjuges, mas tão só quando ocorre por vontade destes⁹. Dito de outro modo, não se considera que os cônjuges estão separados de facto se existe entre eles um mero distanciamento físico motivado, por exemplo, por razões laborais ou profissionais¹⁰. Sob outro prisma, a interrupção da vida conjugal não implica que os cônjuges deixem de viver no mesmo domicílio, desde logo porque ambos podem carecer de habitação¹¹.

O Código Civil espanhol atribui relevância sucessória à separação fáctica nos arts. 834.º e 945.º, pelo que estando os cônjuges separados de facto não existe entre eles expectativa de suceder um ao outro, seja na sucessão forçosa como na sucessão *ab intestato*. Portanto, o reconhecimento dos direitos sucessórios legais viduais depende não só da existência de um casamento válido, mas também da normalidade da relação conjugal¹².

Pelo contrário, no Direito português a separação de facto não é equiparada à separação de pessoas e bens para efeitos de exclusão dos chamamentos legítimos e *ab intestato* do cônjuge supérstite (art. 2133.º/3 *a contrario* CC port.), ainda que produza importantes efeitos no âmbito do Direito da Família, máxime é um dos fundamentos do divórcio ou separação de pessoas e bens sem mútuo consentimento, quando perdure há mais de um ano consecutivo

⁵ Cfr. AGUIRRE ALDAZ, C., in *Código Civil comentado* (Cañizares Laso, A. e outros, Dirs.), vol. I, 2.ª ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 478; e PEREIRA COELHO, F. M. e OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família, I, Introdução, Direito matrimonial*, 5.ª ed, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2016, pp. 663-664.

⁶ Os cônjuges continuam vinculados aos deveres de fidelidade conjugal, de respeito e de cooperação. Cfr. PEREIRA COELHO, F. M. e OLIVEIRA, G., *op. cit.*, p. 664.

A separação legal não faz cessar a obrigação de prestar alimentos entre cônjuges (arts. 143.º, 144.º CC esp. e arts. 1795.º-A, 2009.º/1, alínea a) CC port. Vid. GARCÍA RUBIO, M.ª P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, p. 110.

⁷ CRESPO MORA, M.ª C., “Algunos aspectos de la legítima del cónyuge viudo separado de hecho. Perspectivas de futuro”, in *Boletín de La Facultad de Derecho*, n.º 27, 2005, pp. 159-160.

⁸ A informalidade que caracteriza esta situação de crise conjugal torna-a propícia ao surgimento de problemas, por exemplo, no âmbito da aquisição de bens pelos cônjuges durante o período de separação. Consciente deste problema, o legislador português admite, no art. 1789.º/2 CC port., que no processo de divórcio (ou de separação de pessoas e bens), qualquer dos cônjuges requeira que os efeitos da situação de crise matrimonial retroajam à data em que a separação de facto (provada no processo) tenha começado (a data da separação é fixada na sentença que decreta o divórcio ou separação).

⁹ CRESPO ALLUÉ, F., “Comentarios del nuevo artículo 834 del Código Civil”, in *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: Ley 15/2005, de 8 de julio* (Guilarte Gutiérrez, V. Dir.), Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 249.

¹⁰ Vid. EGUSQUIZA BALMSEDA, M.ª Á., *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 64.

¹¹ Tal como escreve NIETO ALONSO, “*piénsese en épocas de crisis económica y el difícil acceso a la vivienda que, de forma inexorable, propician la convivencia en el mismo domicilio, aun faltando el necesario afecto marital para resultar beneficiario de los susdichos derechos sucesorios*”. Cfr. “La legítima del cónyuge viudo”, in *Tratado de legítimas* (Torres García, T. F., Coord.), Barcelona, Atelier, 2012, p. 242, nota 195.

¹² CORRAL GARCÍA, E., “Consecuencias de la separación y el divorcio en los derechos sucesorios del cónyuge”, in *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 244.

(arts. 1781.º, alínea a) e 1794.º CC port.)¹³. É, pois, indiferente que os cônjuges, à data da abertura da sucessão, se encontrem separados de facto há dias ou há décadas para que o sobrevivente seja contemplado na partilha da herança deixada pelo seu consorte pré-morto.

2. A CONTROVERTIBILIDADE DA QUESTÃO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL ESPANHOL. EM BUSCA DA SUA SOLUÇÃO

A doutrina espanhola divide-se em duas teorias quanto à questão que constitui objeto deste estudo.

Há quem afirme a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge com base no art. 767.º/1.º CC esp., segundo o qual “*la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa*”. Segundo esta teoria, a causa de ineficácia assenta no facto de o testador ter considerado uma determinada condição do beneficiário no testamento, da qual este já não é titular no momento da abertura da sucessão. Esta posição é seguida por GÓMEZ CALLE, para quem “*en línea con un sector de la doctrina, cuando pueda demostrarse que el testador dispuso de cierta forma determinado por una concreta presuposición acerca del futuro, y que no habría hecho así de haber sabido al tiempo de testar como se desarrollarían realmente los acontecimientos, debería aplicarse el art. 767.1 CC para justificar la invalidez de dicha disposición, por desaparición sobrevenida de su causa*”¹⁴.

Neste sentido, pronuncia-se a STS de 28 de setembro de 2018¹⁵, que declara a ineficácia da instituição de herdeiro universal do marido da testadora, dando razão à demandante (irmã da testadora falecida), que arguindo a violação do disposto no art. 767.º/1.º CC esp., pede a declaração de ineficácia da instituição de herdeiro e a abertura da sucessão intestada. O Tribunal Supremo decide que a instituição foi feita precisamente por o beneficiário ter a condição de esposo da testadora, e, portanto, que a mesma ficou sem causa e eficácia por efeito do divórcio, anulando a sentença da SAP de Valencia que, ao abrigo do art. 675.º CC esp., declarou a validade da cláusula testamentária atendendo à sua literalidade.

Por sua vez, a doutrina maioritária sustenta que o art. 767.º CC esp. foi pensado exclusivamente para a situação em que a causa é falsa no momento da disposição, o que não sucede em relação a circunstâncias supervenientes à outorga das disposições testamentárias. A indicação no testamento de que o beneficiário é cônjuge do testador constitui um elemento de identificação da pessoa em causa, não pretendendo significar que era vontade do testador que a disposição só produzisse efeitos se à data do seu falecimento o beneficiário mantivesse a condição de seu cônjuge.

De acordo com esta teoria, o aludido preceito não é aplicável ao caso em análise, na medida em que se refere a uma causa que motiva a vontade do testador no momento da outorga do testamento, sendo que no caso de disposição realizada a favor do cônjuge por sua condição de tal, a causa é verdadeira e não deixa de o ser no caso de modificação posterior das circunstâncias¹⁶. Como OJALVO LLEDÓ assinala, tal interpretação implicaria “*declarar*

¹³ É aliás tendo em conta este efeito da separação fáctica que o Código Civil português indica o que se deve considerar como tal: Nos termos do art. 1782.º/1, “entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer” (art. 1782.º/1). Esta definição comporta um elemento objetivo que corresponde à separação de leito, mesa e habitação; e um elemento subjetivo que consiste no propósito de não restabelecer a vida em comum, isto é, na intenção de romper de forma definitiva a vida em comum, não sendo, portanto, suficiente apurar se os cônjuges residem ou não na mesma casa. Vid. SOUSA LEAL, A., *Guia prático do divórcio*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 23-24.

¹⁴ GÓMEZ CALLE, M. E., in *Código Civil comentado* (Cañizares Laso, A. e outros, Dirs.), vol. II, 2.ª ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 673. Vid. da mesma autora, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2007, pp. 27 e ss.

¹⁵ (Id Cendoj: 28079110012018100522)

¹⁶ FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, C. M., in *Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley*

*ineficaces todos aquellos legados en los que se nombra como beneficiarios, por ejemplo, a un amigo o a un sacerdote que, al tiempo del óbito, han dejado de serlo; si se demuestra que esta amistad ya no existía en el momento del fallecimiento o que el sacerdocio ya no era ejercido por el legatario, ¿debe entenderse ineficaz el legado?*¹⁷

É esta também a orientação seguida na Resolução da *Dirección General de los Registros y el Notariado* (DGRN) de 26 de fevereiro de 2003, que num caso em que a esposa foi instituída herdeira testamentária pelo esposo e os cônjuges se encontram divorciados à data da morte do cônjuge testador, decide que “*el hecho de que en la disposición testamentaria se identifique al beneficiario por su relación de cónyuge del testador, después de haber expresado su identidad, no permite concluir que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera entenderse la expresión de aquella relación como un elemento simplemente identificativo, lo que impediría aplicar el artículo 767 del Código Civil*”¹⁸.

Considerando que as disposições testamentárias só caducam ou se tornam ineficazes nos casos expressamente indicados no Código Civil (art. 743.º CC esp.), notamos que as disposições testamentárias feitas ao cônjuge se mantêm válidas e eficazes no caso em que à data da abertura da sucessão os cônjuges já não são cônjuges ou são-no mas estão separados, legalmente ou apenas de facto.

A questão deve, assim, ser resolvida através dos critérios gerais de fixação e interpretação da vontade do testador no momento da outorga do testamento, sendo que “*en la interpretación se trata de esclarecer, de averiguar, de aclarar, de hacer manifiesta y patente la voluntad oscura – in claris non fit interpretatio – del testador; de la voluntad del testador existente, pero imperfectamente expresada, de la voluntad normativa ya creada, aunque obscuramente manifestada*”¹⁹. A vontade do testador deve ser rigorosamente determinada, uma vez que se trata de um elemento essencial no negócio jurídico do testamento, mas, sobretudo, porque corresponde à lei da sucessão (sem prejuízo das legítimas)²⁰.

Se no momento da outorga da disposição já não existia vínculo conjugal ou existia mas os cônjuges estavam separados, legalmente ou apenas de facto, uma vez que o testador já conhecia a situação de crise matrimonial, pode presumir-se que a sua vontade real era a favor da eficácia dessa disposição²¹.

Nos termos do art. 675.º/1 CC esp., “*toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*”. Daqui resulta que a vontade do testador a apurar é aquela que tem correspondência verbal no testamento, a menos que existam indícios fortes que era outra a sua vontade, valendo, no caso de dúvida, a intenção que estiver mais conforme com o restante teor daquele mesmo testamento; e ainda que a vontade se reporta ao momento da outorga da disposição testamentária (o intérprete deve encontrar a vontade

10/2007, de 28 de junio (Cora Guerreiro, J. M. e outros, Coords.), vol. I, Madrid, Colegio Notarial de Galicia – Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 2007, p. 323; IMAZ ZUBIAUR, L., “Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Incidencia de la crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad”, in *RDP*, Ano 96, abril 2012, pp. 65 e ss.; e ESPINOSA DE SOTO, J. L., in *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio* (Rebolledo Varela, Á. L., Coord.), Cizur menor, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 901.

¹⁷ OJALVO LLEDÓ, J. R., *Repercusión de la nulidad, separación y divorcio en la eficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge viudo*, Tese de Doutoramento, Universidad de Extremadura, 2015, p. 168, obtido de <http://dehesa.unex.es/xmlui/handle/10662/4000> (consulta: 22/12/2020).

¹⁸ (BOE n.º 85, de 9 abril de 2003). Por sua vez, a Resolução da DGRN de 26 de novembro de 1998 (BOE n.º 311, de 29 de dezembro de 1998) recusa a inscrição de uma adjudicação hereditária realizada a favor da esposa do causante que tinha sido instituída como herdeira no testamento daquele (no qual foi designada pela sua condição de cônjuge e também pelo seu nome e apelidos), pelo facto de ter perdido tal condição (de casada do testador) por posterior divórcio.

¹⁹ GARCÍA AMIGO, M., “La integración del testamento”, in *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (González Porras, J. M. e Méndez González, F. P., Coords.), t. I, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 1834-1835.

²⁰ CANIZARES LASO, A., in *Código Civil comentado* (Cañizares Laso, A., e outros, Dirs.), vol. II, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 307.

²¹ No mesmo sentido, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., in *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (Bércovitz Rodríguez-Cano, R., Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 855.

manifestada no testamento²² e não a que o testador podia ter em momento posterior e que não manifestou).

Nesse sentido, vejamos a STS de 29 de dezembro de 1997²³, que assinala que “*la voluntad real del testador es la del momento em que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, por el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo*”. Salientamos ainda a Resolução da DGRN de 26 de fevereiro de 2003 que sustenta que “*a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador y en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita, la existente al tiempo del otorgamiento, por lo que una alteración sobrevinida de las circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la esencial revocabilidad del testamento (art. 739 del mismo Código)*”.

Se o testador tiver sujeitado a eficácia da disposição testamentária à subsistência da condição de casado pelo beneficiado, é possível determinar pelas suas palavras, contidas no testamento, que era sua vontade que aquela disposição deixasse de ser eficaz por posterior dissolução do casamento²⁴. Contudo, não deixam de ser duvidosos os casos de separação conjugal (legal ou de facto), uma vez que nestes o beneficiado no testamento continua a ter a condição de cônjuge. Inversamente, se não for possível deduzir do conteúdo do testamento que a vontade do testador era deixar sem efeito a disposição a favor do cônjuge no caso de crise matrimonial posterior, ela produz os seus efeitos.

O carácter unilateral e livremente revogável do testamento e de quaisquer das disposições que nele se encontram inseridas (art. 737.º CC esp.), implica que perante a variação das circunstâncias, o testador, caso seja essa a sua vontade, deixe sem qualquer efeito o benefício que estipulou a favor de quem era seu cônjuge mas que deixou de o ser, ou de quem continua a ter essa condição mas não mantém com ele a comunhão de vida conjugal²⁵. Isto faz sentido, na medida em que o testamento “*es un negocio jurídico perfecto en el momento en que se otorga de conformidad con las formalidades previstas, y no resulta modificado por un simple cambio de voluntad del testador, si esta no se ha manifestado mediante una revocación válidamente realizada del mismo*”²⁶.

Esse é, indubitavelmente, o entendimento sufragado pela jurisprudência e pela DGRN, como podemos demonstrar através dos seguintes exemplos:

- A SAP de Toledo, de 11 de julho de 2000²⁷ considera eficaz a instituição da esposa como herdeira mesmo encontrando-se esta separada do testador à data da morte deste (primeiramente de facto e depois legalmente), sustentando que “*es impensable que el testador desconociera su situación matrimonial, que según la prueba testifical y de confesión era de separación de hecho mucho antes de la separación legal, y es también impensable que ignorara su disposición testamentaria*”.
- A mesma posição é seguida na SAP de Madrid, de 15 de abril de 2013²⁸, que analisa um caso com os seguintes elementos: a esposa foi instituída herdeira testamentária no terço de livre disposição (em 1998); os cônjuges divorciaram-se em momento

²² CAÑIZARES LASO, A., *op. cit.*, p. 308.

²³ (Id Cendoj: 28079110011997101681).

²⁴ ESPINOSA DE SOTO, J. L., *op. cit.*, p. 900.

²⁵ De acordo com o art. 738.º CC esp., “*el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar*”; nos termos do art. 739.º/1.º CC esp., “*el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsistía en todo o en parte*”.

²⁶ BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (e outros), *Manual de Derecho Civil, Sucesiones*, 2015, Bercal, Madrid, p. 157. No mesmo sentido, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *op. cit.*, p. 855, afirma que “*en el caso de que el testador quiera privar de esos derechos adicionales a la persona que era su cónyuge en el momento de testar, deberá revocar ese testamento porque ningún precepto legal se impone la revocación automática a consecuencia de la falta de convivencia, nulidad, separación o divorcio de los cónyuges*”. Vid. também ESPINOSA DE SOTO, J. L., *op. cit.*, pp. 898-899.

²⁷ (Id Cendoj: 45168370022000100359).

²⁸ (Id Cendoj: 28079370192013100172). Vid. também a SAP de Alicante, de 30 de março de 2007 (Id Cendoj: 03065370092007100098).

posterior ao testamento (em 2010); o testador não revogou o testamento; e o *contador-partidor* testamentário, na realização da partilha, prescindiu da intervenção da esposa divorciada, por considerar que era essa a vontade do testador. A sentença anula a partilha realizada com o argumento de que o testador estava no seu cabal juízo, pelo que podia ter revogado o testamento, não o tendo feito, e, ainda, que as situações de divórcio nem sempre são dramáticas e não implicam necessariamente a perda da afetividade que existia entre os agora ex-cônjuges.

– A já citada Resolução da DGRN de 26 de fevereiro de 2003 determina que o *contador-partidor* testamentário que ao formalizar a partilha da herança do testador prescindiu do legado feito a favor do cônjuge, por considerá-lo ineficaz em virtude do posterior divórcio dos cônjuges, excedeu as suas faculdades. Segundo a DGRN não de presumir a vontade do testador em revogar a disposição testamentária a favor do cônjuge nos casos de posterior nulidade do casamento, divórcio ou separação legal ou de facto, tendo essa hipótese de ser apreciada judicialmente num procedimento contraditório e com uma fase contraditória, com base numa interpretação integradora do testamento para apuramento da vontade real do testador.

Sem dúvida que o jurista que presta assessoria no procedimento de divórcio ou separação legal tem um papel de manifesta importância neste âmbito, tendo em conta que deve aconselhar o seu cliente a revogar expressamente eventuais disposições testamentárias que tenha feito a favor do cônjuge, se essa for a sua vontade, sob pena de as mesmas produzirem efeitos, ainda que outorgue um novo testamento, pois na falta de revogação expressa pode chegar-se à conclusão de que os dois testamentos são compatíveis²⁹.

Porém, essa posição só pode valer para os casos em que o benefício testamentário é imputado na quota de livre disposição do testador, já que nos casos em que esse benefício incide sobre os direitos legitimários viduais não é admitida a eficácia das disposições testamentárias a favor de quem no momento da outorga do testamento era cônjuge do testador, mas à data da morte deste já não tem essa qualidade, ou tem-na, mas sem que produza os seus efeitos normais. Com efeito, se no testamento o causante se limita a confirmar os direitos legitimários viduais, e posteriormente os cônjuges se divorciam ou separam, estando divorciados ou separados no momento da abertura da sucessão, aquela disposição é ineficaz e, por conseguinte, não deve ser considerada na realização da partilha. Isto porque, aquelas crises matrimoniais excluem os direitos legitimários viduais (art. 834.º CC esp.), e o testamento outorgado não pode conferir eficácia legal a uma situação que carece dela³⁰.

Na jurisprudência, a STS de 31 de maio de 2010³¹, alusiva a um caso em que os cônjuges dissolveram o casamento por divórcio depois da outorga do testamento, determina a nulidade da partilha ao abrigo do art. 1081.º CC esp. com fundamento na intervenção do cônjuge viúvo como legatário de parte alíquota sem que na verdade tenha essa condição sucessória³².

Salientamos também a SAP de Granada, de 11 de junho de 2010³³, que declara a ineficácia da disposição testamentária a favor do cônjuge em que está inserida uma cautela *socini* (o testador declara que havendo oposição dos herdeiros a essa cautela, estes ficam privados do terço de livre disposição, que será atribuído em pleno domínio ao cônjuge viúvo), com fundamento na separação de facto dos cônjuges no momento da abertura da sucessão. A sentença refere que a cláusula em causa “*por su propio contenido y posibilidades que contempla, está pensada para el supuesto de que, al morir el testador, su consorte no se*

²⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del causante. Contenido del testamento y contendas judiciales”, in *La familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (Rebollo Varela, Á. L., Coord.), Madrid, Dykinson, 2010, p. 188.

³⁰ OJALVO LLEDÓ, J. R., *op. cit.*, p. 169.

³¹ (Id Cendoj: 28079110012010100328).

³² De acordo com esta sentença, “*al testador atribuyó como legado de parte alíquota, a su esposa, de aquel tiempo, la cuota viudal que por ley le correspondía y en el momento de hacer la partición, al estar disuelto su matrimonio por divorcio, por ley no le correspondía ninguna cuota. Que los coherederos quisieran hacerle alguna atribución, podrían hacerlo por cualquier título válido, pero no como legítima. Por tanto, su intervención en la partición no como heredero sin serlo, como dice el artículo 1081, sino como sujeto de la partición, legatario de parte alíquota, hace nula la misma, pues, como se ha dicho anteriormente, el coheredero al que se refiere esta norma alcanza también al legatario*”.

³³ (Id Cendoj: 18087370052010100305).

hallare separada, manteniendo el derecho al usufructo del tercio destinado a mejora; cuota viudal que no le correspondía al momento del fallecimiento en el caso enjuiciado, al encontrarse separada legalmente”.

A propósito do argumento de que o testador podía ter revogado o testamento se efetivamente fosse essa a sua vontade, a aludida sentenza expõe que “*pese a que desde que se produjo la separación hasta el fallecimiento transcurrieron mas de trece años, hemos de insistir en que dado el contenido de la misma, producida la separación que privaba a la esposa de su cuota legitimaria, así como la disolución de la sociedad legal de gananciales, seguida de su posterior liquidación, es impensable que el esposo creyera que aún le restaban derechos a la esposa «mortis causa».* Neste âmbito, destacamos a SAP de Málaga, de 13 de dezembro de 1999³⁴, que procurando aplicar uma solução justa para o caso concreto em que os cônjuges estavam separados de facto, tem em conta que o testador padecia de uma incapacidade psíquica de cinquenta e um por cento que o pode ter impedido de realizar uma válida revogação, embora não seja com este argumento que justifica a declaração da ineficácia da disposição testamentária (mas sim com a existência de causa falsa, nos termos do art. 767.º CC esp.).

Acompanhamos ESPINOSA DE SOTO quando afirma que a solução aplicável no Direito comum espanhol em matéria de eficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge após rutura conjugal não é a mais adequada, devendo antes ser consagrada a ineficácia legal dessas disposições. Uma das razões por que seguimos esta postura está relacionada com a necessidade de o Direito atender à vontade da generalidade dos testadores que outorgam testamento a favor do cônjuge para o beneficiar com mais do que a legítima, que não mantém essa intenção no caso de posterior rutura conjugal. Outra razão prende-se com o facto de o argumento da livre revogabilidade do testamento, que tem sido invocado pela doutrina e pela jurisprudência para justificar a eficácia das disposições testamentárias feitas a favor do cônjuge que não tenham sido revogadas, não ser plenamente válido em todos os casos³⁵. Como expõe FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, “*un matrimonio en el que uno de los cónyuges instituye heredero al otro, y tras ello, el testador cae gravemente enfermo, perdiendo incluso el sentido, y estando entonces necesitado del cariño, cuidados y atenciones, es abandonado por su cónyuge que no está dispuesto a prestárselos, recibiendo éste como premio a su odiosa conducta la seguridad de que la disposición a su favor se mantendrá, pues su cónyuge carece ahora de la capacidad necesaria para hacer nuevo testamento que modifique o deje sin efecto al anterior*”³⁶.

Salientamos que nas XII Jornadas da *Asociación de Profesores de Derecho Civil*, esta problemática incorporou uma das questões colocadas aos membros da associação, tendo a maioria respondido em sentido afirmativo à questão sobre se “*las disposiciones voluntarias de un cónyuge a favor de otro deben quedar sin efecto, salvo voluntad expresa, desde el momento en que se separaron judicialmente o de hecho*”³⁷.

No *Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación o divorcio*, aprovado pelo Conselho de Ministros em 19 de julho de 2013³⁸ mas que não chegou a ser convertido em Projeto de Lei, o art. 102.º/4.º CC esp. apresenta uma redação reformada que vai de encontro com a postura que acolhemos.

De acordo com a redação proposta, admitida a ação separação ou divórcio (ou ainda de nulidade do casamento), “*quedarán sin efecto, salvo voluntad expresada por el testador, las disposiciones testamentarias que uno de los cónyuges hubiera establecido a favor del otro. La reconciliación de los cónyuges dejará sin efecto lo dispuesto en este apartado*”³⁹.

³⁴ (Id Cendoj: 29067370061999100697).

³⁵ *Vid.* ESPINOSA DE SOTO, J. L., *op. cit.*, p. 901.

³⁶ FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, C. M., *op. cit.*, pp. 324-325.

³⁷ *Cfr.* DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, in *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, p. 170.

³⁸ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438> (consulta: 23/12/2020).

³⁹ DE LA IGLESIA PRADOS manifesta-se contra esta proposta, invocando, entre outras razões, que ela põe em causa a vontade do testador, que deve primar no âmbito da sucessão testamentária, e considerando-a inclusive como um ataque à liberdade do testador por entender ser possível deduzir do facto de o testador não ter revogado a disposição

Tal proposta não tem em conta que, atualmente, em certos casos, o divórcio e a separação não dependem da propositura de uma ação no tribunal – quando os cônjuges estejam de acordo e não existam filhos menores não emancipados ou com a capacidade modificada judicialmente que dependam dos seus progenitores (arts. 86.º e 81.º CC esp., respetivamente) – e é omissa em relação à separação de facto.

Quanto à primeira situação, ela é naturalmente desculpável, já que a proposta é anterior à *Ley 15/2015, de 2 de julio*, que veio consagrar o divórcio e a separação a pedido. No que concerne à desconsideração da separação de facto, pensamos que não faz sentido que as disposições testamentárias realizadas a favor do cônjuge só se tornem ineficazes no caso de separação legal, porquanto a separação de facto também conduz à privação dos direitos sucessórios legais viduais (art. 834.º e 945.º CC esp.)⁴⁰. Como veremos melhor adiante, a LDCG adota um critério uniforme, pois indica a separação de facto não só como causa de exclusão do usufruto legitimário vidual, como também de ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge. A nosso ver, a possível futura introdução no Código Civil espanhol de uma norma com teor idêntico ao do art. 102.º/4.º do *Anteproyecto de ley*, que não equipara a separação de facto à separação legal para efeitos de ineficácia das disposições testamentárias feitas a favor do cônjuge, significará um reconhecimento legislativo de que a separação não formal é fonte de incerteza e insegurança jurídicas.

3. AS SOLUÇÕES CONSAGRADAS NO DIREITO GALEGO E PORTUGUÊS

No domínio autónomo do Direito espanhol, os respetivos legisladores atendem àquela que seria a vontade do testador (vontade hipotética), na medida em que consagram a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso de posterior crise matrimonial, salvo se do testamento resultar outra coisa⁴¹. É o que acontece no Direito Civil da Catalunha (art. 422.º-13/1 da *Ley 10/2008*); no Direito Civil de Aragão (art. 438.º do *Decreto Legislativo 1/2011*), e ainda no Direito Civil da Galiza.

Atentemos ao que dispõe a *Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia* a este respeito.

Nos termos do art. 208.º LDCG, “*salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin*”. Portanto, as disposições testamentárias a favor do cônjuge são feitas na condição de tal e enquanto o seja, e subsista a vida em comum do casal, a não ser que do próprio testamento seja possível concluir que o testador teria feito a disposição mesmo considerando uma futura crise matrimonial. Esta solução legal coincide com aquela que está prevista no art. 230.º/1 LDCG, no qual se prevê a ineficácia da instituição voluntária do cônjuge no usufruto da herança (em testamento ou escritura pública), pela qual o usufruto legitimário vidual pode abranger toda a herança, não só nos casos de declaração de indignidade ou deserdação justa do cônjuge usufrutuário, como também de declaração de nulidade do casamento, divórcio e separação legal ou de facto (art. 230.º/1 LDCG).

testamentária que a pretendeu manter em vigor. Cfr. “La ineficacia de las disposiciones testamentarias entre cónyuges por crisis”, in *Derecho y Fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar* (Ramos Prieto, J. e Hornero Méndez, C., Coords.; e Macarro Osuna, J. M., Ed.), Madrid, Aranzadi, 2016, pp. 180-188.

⁴⁰ Seguimos DE LA IGLESIA PRADOS, E., *op. cit.*, p. 177.

O autor critica o facto de esta solução, apesar de respeitar diretamente ao Direito Sucessório, não estar integrada entre as normas que regulam as sucessões. A solução em causa deveria ser incorporada no conteúdo dos arts. 737.º e seguintes, pois estes preceitos regulam as causas de revogação e ineficácia do testamento, para assim “*lograr una regulación unitaria, sistemática y no dispersa de tales actuaciones*” (op. cit., pp. 178-180).

⁴¹ Segundo TORRES GARCÍA as soluções forais têm servido de “*paraguas para poner fin a la tormenta*” no Direito comum espanhol enquanto não se consagra uma solução expressa. Cfr. “Legítima «versus» libertad de testar”, in *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa* (Montserrat Pereña V. e Delgado Martín, P. Dirs., Heras Hernández, M.ª D. Coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 884.

Salientamos que a disposição testamentária não se torna ineficaz se do testamento resultar uma vontade do testador em sentido oposto, a qual prevalece em todo o caso, tal como o legislador galego teve o cuidado de esclarecer logo no início da norma (“*salvo que del testamento resulte otra cosa*”)⁴². Como diz ESPINOSA DE SOTO, “*que se haya aprobado una regulación pensada en lo que sucede en la mayoría de los casos no evita que siempre sea necesaria una adecuada labor de interpretación del testamento a la luz del principio general de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión*”.

Além deste caso, a ineficácia não atua se as disposições testamentárias foram outorgadas depois de o casamento ter sido dissolvido por divórcio ou de os cônjuges se terem separado legalmente ou de facto, ou, ainda, depois de proposta ação de divórcio ou separação, pois nestes casos é igualmente possível concluir que testador desejava a eficácia da disposição⁴³.

No Direito português, o art. 2317.º CC port. dispõe que “as disposições testamentárias, quer se trate de instituição de herdeiro, quer da nomeação de legatário, caducam, além de outros casos”: “d) Se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte deste se encontravam divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens ou o casamento tenha sido declarado nulo ou anulado, por sentença já transitada em julgado ou que venha a transitar em julgado, ou se vier a ser proferida, posteriormente àquela data, sentença de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento”.

Assim, o legislador português considera que não era vontade do testador, em face da variação das circunstâncias existentes no momento da outorga do testamento – divórcio ou separação de pessoas e bens (ou ainda de declaração de nulidade ou anulação do casamento) –, que as disposições que estipulou em benefício do seu cônjuge sejam cumpridas.

Notamos que a caducidade das disposições testamentárias a favor do cônjuge já resulta do art. 1791.º CC port., na parte em que este preceito determina como efeito daquelas crises matrimoniais que cada um dos cônjuges perde o que haja de receber do outro cônjuge, em consideração do estado de casado⁴⁴.

Deste modo, no Direito português, ainda que o testador não tenha revogado a disposição testamentária a favor do cônjuge no caso de posterior crise matrimonial, a disposição não produz os seus efeitos: considera-se que o testador dito “comum” não pretendia beneficiar quem deixou de ser seu cônjuge ou continuou a sê-lo, mas sem que com ele vivesse maritalmente. Como sublinha CAPELO DE SOUSA, esta causa de caducidade das disposições testamentárias assenta na vontade presumível do testador e em razões de moral social⁴⁵. Evidenciamos também que esta solução permite salvaguardar os casos em que o testador só não revogou o testamento porque estava desprovido de capacidade para testar, por esquecimento, ou por entender que não era preciso fazê-lo por já se encontrarem extintas as relações patrimoniais conjugais e já ter sido realizada a partilha do casal⁴⁶.

Posto isto, é possível observar que a opção legislativa portuguesa coincide no essencial com a galega. Ambas configuram a existência do casamento e a normalidade da relação conjugal não só à data da outorga do testamento mas também à data em que se abre a sucessão do cônjuge testador como pressuposto da eficácia das disposições testamentárias feitas a favor do cônjuge, muito embora a primeira se refira a caducidade e a segunda a ineficácia. Na

⁴² FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, C. M., *op. cit.*, p. 326. O autor evidencia que o art. 208.º LDCG também é aplicável às disposições corresponsivas entre cônjuges contidas em testamento *mancomunado* provocando, assim, a ineficácia das restantes disposições reciprocamente condicionadas (*op. cit.*, p. 329).

⁴³ O mesmo ocorre nos casos de separação e posterior reconciliação ou de divórcio e novo casamento se o testador não revogou as disposições testamentárias. Cfr. ESPINOSA DE SOTO, J. L., *op. cit.*, pp. 902-903.

⁴⁴ Nos termos do art. 1791.º CC port. na redação anterior à Lei 61/2008, a caducidade só operava quando o cônjuge beneficiado tivesse sido declarado pelo tribunal como culpado do divórcio ou separação. Apesar de o art. 2317.º, alínea d) na altura não atribuir qualquer relevância à culpa (a sua redação correspondia à atual) tinha de ser interpretado com atenção à declaração de culpa constante da sentença de divórcio ou separação de pessoas e bens. *Vid.* neste sentido, o Acórdão do STJ de 7 de dezembro de 1994, proc. n.º 086057 (Relator: Torres Paulo).

⁴⁵ CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 234.

⁴⁶ Cfr. arts. 1688.º, 1689.º e 1795.º-A CC port.

verdade, esta distinção é mais nominal do que de fundo, já que em qualquer caso se impede, por força da lei, a produção dos efeitos da disposição testamentária.

Ainda que o art. 2317.º, alínea d) CC port., ao contrário do art. 208.º LDCG, não ressalve a hipótese de ser possível concluir do conteúdo do testamento que o testador pretendia manter as disposições testamentárias, não obstante a eventual posterior declaração de nulidade ou anulação do casamento, divórcio ou separação de pessoas e bens, a solução não poderá deixar de ser a mesma. Uma vez que a tarefa de interpretação do testamento assenta no princípio do *favor testamenti* (os atos testamentários devem corresponder à vontade real do testador)⁴⁷, a vontade do testador em conformidade com o texto do testamento tem de ser apurada em qualquer caso (art. 2187.º CC port.)⁴⁸. Ou seja, ainda que esteja prevista a caducidade das disposições testamentárias a favor do cônjuge do testador nos casos de posterior crise matrimonial, não está vedada a possibilidade de ser extraída do testamento a vontade real ou psicológica do testador em sentido diverso⁴⁹.

Do confronto dos arts. 2317.º, alínea d) CC port. e 208.º LDCG, resultam mais dois aspetos que distinguem as soluções aplicáveis no Direito português e galego em matéria de eficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso de posterior rutura conjugal por razão de divórcio ou separação.

A LDCG declara a ineficácia daquelas disposições se à data da abertura da sucessão estiver pendente a ação de divórcio ou separação, solução esta que o legislador português não consagra. No que respeita ao divórcio e à separação esta divergência justifica-se pelo facto de o legislador português fazer depender estas crises conjugais da invocação de uma causa que evidencie a rutura do casamento (quando não há mútuo acordo dos cônjuges) enquanto o legislador espanhol consagra o divórcio ou separação a pedido.

O outro aspeto que separa as aludidas soluções respeita à separação de facto: este tipo de separação conjugal surge no art. 208.º LDCG a par da nulidade do casamento, do divórcio e da separação legal mas não no art. 2317.º, alínea d) CC port., o que se justifica pelo facto de, no Direito português, só a separação que é comunicada ao operador jurídico (a separação de pessoas e bens) produzir efeitos sobre a atribuição dos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente.

4. CONCLUSÕES

O Código Civil espanhol não resolve de modo expresso a questão objeto deste estudo, o que origina discussões doutrinárias e posições jurisprudenciais em sentido diverso quanto à solução que deve ser aplicada.

Há uma teoria que defende a ineficácia da disposição testamentária a favor do cônjuge no caso de posterior divórcio ou separação com fundamento em falsidade de causa (art. 767.º/1.º CC esp.), e outra que considera que a questão deve ser resolvida com recurso aos critérios gerais de fixação e interpretação da vontade do testador no momento da outorga do testamento (art. 675.º CC esp.).

Em 2018, o Tribunal Supremo pronunciou-se a favor daquela primeira teoria, a qual não se conforma com a *ratio legis* do artigo 767.º/1.º CC esp.

O Código Civil espanhol deveria ser alterado para estabelecer o divórcio e a separação, legal ou tão-só de facto, como causas de ineficácia das disposições testamentárias a favor do

⁴⁷ CARVALHO FERNANDES, L. A., *Lições de Direito das Sucessões*, 4.a ed., Lisboa, Quid Iuris, 2012, pp. 531-532.

⁴⁸ CAPELO DE SOUSA, R., op. cit., p. 196. Para desenvolvimentos sobre a interpretação do testamento no ordenamento jurídico português *vid. op. cit.*, pp. 196-200.

⁴⁹ Nos termos do art. 2187.º/2 CC port., “é admitida prova complementar, mas não surtirá qualquer efeito a vontade do testador que não tenha no contexto um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa”.

cônjuge, pois é possível presumir que esse efeito é desejado pela generalidade dos testadores, e essa presunção não é ilidida pelo facto de o testador não ter revogado a disposição testamentária.

Essa é a solução que o legislador galego, assim como outros legisladores forais consagram, sendo esta também a solução que é adotada no Direito português. Com efeito, na *Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia* e no Código Civil português a vontade presumida do testador face à alteração das circunstâncias existentes no momento da outorga do testamento não é ignorada: o divórcio e a separação conduzem à ineficácia/caducidade das disposições testamentárias a favor do cônjuge, não ficando, todavia, prejudicada a vontade real ou psicológica do testador em sentido inverso que eventualmente possa ser extraída do testamento.

5. BIBLIOGRAFIA

- AGUIRRE ALDAZ, C., in *Código Civil comentado* (Cañizares Laso, A. e outros, Dirs.), vol. I, 2.^a ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, , 2016.
- BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (e outros), *Manual de Derecho Civil, Sucesiones*, 2015, Bercal, Madrid.
- CANIZARES LASO, A., in *Código Civil comentado* (Cañizares Laso, A., e outros, Dirs.), vol. II, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2011.
- CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- CARVALHO FERNANDES, L. A., *Lições de Direito das Sucessões*, 4.a ed., Lisboa, Quid Iuris, 2012.
- CRESPO ALLUÉ, F., “Comentarios del nuevo artículo 834 del Código Civil”, in *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: Ley 15/2005, de 8 de julio* (Guilarte Gutiérrez, V. Dir.), Valladolid, Lex Nova, 2005.
- CRESPO MORA, M.^a C., “Algunos aspectos de la legítima del cónyuge viudo separado de hecho. Perspectivas de futuro”, in *Boletín de La Facultad de Derecho*, n.º 27, 2005.
- DE LA IGLESIA PRADOS, E. “La ineficacia de las disposiciones testamentarias entre cónyuges por crisis”, in *Derecho y Fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar* (Ramos Prieto, J. e Hornero Méndez, C., Coords.; e Macarro Osuna, J. M., Ed.), Madrid, Aranzadi, 2016.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, in *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del Causante. Contenido del testamento y contendas judiciales”, in *La familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (Rebolledo Varela, Á. L., Coord.), Madrid, Dykinson, 2010.
- EGUSQUIZA BALMSEDA, M.^a Á., *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003.
- ESPINOSA DE SOTO, J. L., in *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio* (Rebolledo Varela, Á. L., Coord.), Cizur menor, Thomson-Aranzadi, 2008.
- FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, C. M., in *Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio* (Cora Guerreiro, J. M. e outros, Coords.), vol. I, Madrid, Colegio Notarial de Galicia – Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 2007.

- GARCÍA AMIGO, M., “La integración del testamento”, in *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (González Porras, J. M. e Méndez González, F. P., Coords.), t. I, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995.
- GÓMEZ CALLE, M. E.,
- in *Código Civil comentado* (Cañizares Laso, A. e outros, Dirs.), vol. II, 2.^a ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016.
 - *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2007.
- IMAZ ZUBIAUR, L., “Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Incidencia de la crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad”, in *RDP*, Año 96, abril 2012.
- NIETO ALONSO, A., “La legítima del cónyuge viudo”, in *Tratado de legítimas* (Torres García, T. F., Coord.), Barcelona, Atelier, 2012.
- OJALVO LLEDÓ, J. R., *Repercusión de la nulidad, separación y divorcio en la eficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge viudo*, Tese de Doutoramento, Universidad de Extremadura, 2015, obtido de <http://dehesa.unex.es/xmlui/handle/10662/4000> (consulta: 22/12/2020).
- PEREIRA COELHO, F. M. e OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família, I, Introdução, Direito matrimonial*, 5.^a ed, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2016.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., in *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (Bércovitz Rodríguez-Cano, R., Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- TORRES GARCÍA, “Legítima «versus» libertad de testar”, in *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa* (Montserrat Pereña V. e Delgado Martín, P. Dirs., Heras Hernández, M.^a D. Coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

UNA REVISIÓN NORMATIVA CRÍTICA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO. LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA

A CRITICAL NORMATIVE REVIEW UNDER THE LIGHT OF THE SEX-EQUALITY PRINCIPLE. THE HISTORICAL MEMORY LAW.

Ana María López Narbona, Ph.D.
Profesora de Sociología
Universidad de Málaga

Fecha de recepción: 22 de septiembre 2020
Fecha de aceptación: 29 de octubre 2020

RESUMEN: Este artículo realiza un análisis crítico de algunas causas intra-sistémicas de cambio legislativo. Aún hoy día se observa que mucha de la legislación emanada del Parlamento español adolece de ilegitimidad, ilegalidad y vicios de fondo y forma, por no respetar el principio de igualdad por razón de sexo. Se presenta, en consecuencia, un análisis crítico a la luz del principio de igualdad por razón de sexo de una ley producida en las Cortes españolas, en concreto, la conocida como Ley de Memoria Histórica (Ley 52/2007, de 26 de diciembre).

ABSTRACT: This article offers a critical analysis of some intra-systemic causes of legislative change. Today we can still observe that many laws enacted by the Spanish Parliament suffer from illegitimacy, illegality, and substance and form defects, because they do not respect the gender equality principle. Therefore, we present a critical review under the light of the gender equality principle of a law enacted by the Spanish Congress of Deputies and the Senate, concretely, the so-called Law on Historical Memory (Law 52/2007, of December 26th).

PALABRAS CLAVE: Causas intra-sistémicas, vicios de fondo y forma, principio de igualdad por razón de sexo, Ley de Memoria Histórica, violencia contra la mujer por resolución o sentencia.

KEYWORDS: Intra-systemic causes, substance and form defects, gender-equality principle, Law for Historical Memory, violence against women stated by resolution or sentence.

SUMARIO: I. Introducción. II. El principio de igualdad como valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. La igualdad por razón de sexo. III. ilegitimidad, ilegalidad y vicios de fondo. la necesaria revisión normativa desde una perspectiva crítica. IV. La ley de memoria histórica. Una revisión crítica desde la perspectiva de la igualdad de sexo. V. A modo de conclusión. VI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN.

Ante un cambio legislativo, podemos hacernos la pregunta de si el cambio se ha producido porque la sociedad (o el poder) ha modificado su opinión, percepción o valores en relación con un tema y, en consecuencia, se impone la adaptación de la norma a la realidad social o bien podemos también cuestionarnos si el cambio legislativo debe llevarse a cabo porque la legislación en cuestión es sencillamente ilegítima, ilegal o presenta algún vicio que ya no puede sostenerse, es decir, porque ya desde su origen esa normativa se había aprobado sin respetar principios, valores o procedimientos consagrados en normas superiores como la Constitución y la incoherencia o contradicción flagrante de dicha normativa ya no permite seguir manteniéndola. Nos encontraríamos ante dos causas diferentes de cambio legislativo las extrasistémicas y las intrasistémicas.

Pongamos algunos ejemplos. La normativa sobre el divorcio (aprobada por *Ley 30/1981, 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*) puede considerarse una norma incluida en el primer grupo de causas (extrasistémicas) pues la sociedad española exigía dicho cambio.

Según el parecer de determinados grupos feministas, la Constitución ya debió incluir en su articulado alguna mención a cuestiones tan fundamentales como ésta y no consagrar la protección de la familia de una manera tan amplia.

En relación con las modificaciones del Código Civil para ampliar la definición de matrimonio con el objeto de incluir parejas de igual sexo (*Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*), éstas podrían atribuirse a la presión (poder) de los grupos LGTB con una importante ascendencia en el Gobierno de Rodríguez Zapatero.

Como ejemplo de normativa ilegítima, ilegal o viciada, apuntamos las leyes y normas de inferior rango que se aprueban sin respetar un principio fundamental consagrado en la Constitución española de 1978, a saber, la igualdad de ambos sexos ante la ley.

Planteamos en este trabajo un análisis crítico de algunas causas intrasistémicas de cambio legislativo por cuanto aún hoy día se observa que mucha de la legislación emanada del Parlamento español adolece de ilegitimidad, ilegalidad y vicios de fondo y forma, por no respetar el principio de igualdad por razón de sexo. Pretendemos realizar, en consecuencia, un análisis crítico a la luz del principio de igualdad por razón de sexo de una ley producida en las Cortes españolas, en concreto, la conocida como Ley de Memoria Histórica (*Ley 52/2007, de 26 de diciembre*).

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO VALOR FUNDAMENTAL DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. LA IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO.

La igualdad en toda la extensión del concepto debe ser *conditio sine qua non* de la vida social, siendo el derecho para Legaz Lacambra (1958), *una forma de vida social que expresa un punto de vista sobre la justicia y cristaliza en un sistema de legalidad*. Figueruelo Burrieza (2003) lo expone de manera clara

cuando afirma que lo que caracteriza a la Constitución *como forma de ordenación jurídica del poder es el principio de igualdad*.

Aunque la Constitución española de 1978 consagra de manera incontrovertible la igualdad como un principio y valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, a juicio de la doctrina, ella misma contiene una seria discriminación o excepción al principio de igualdad por razón de sexo. Los artículos relativos a la Corona así lo atestiguan (Mellado y Gómez Sánchez, 1984, hacen referencia al artículo 57.1).

Las razones por las que, a fecha de hoy, aún no se ha modificado dicho articulado escapan al razonamiento jurídico y filosófico y tienen que ver exclusivamente con dificultades y obstáculos de carácter social dado que la matriz de dominación cultural que aún predomina en nuestra sociedad es el hetero-patriarcado.

En nuestra opinión, un análisis del principio de igualdad por razón de sexo en nuestro ordenamiento jurídico debe partir del cuestionamiento de los artículos 56 a 65 (Título II de la Constitución española) por cuanto no representan el verdadero espíritu de la Constitución ni al pueblo español. En este caso, estaríamos ante "*normas constitucionales inconstitucionales*" (Mellado y Gómez Sánchez, 1984); en consecuencia, para estas autoras, esa norma no ha podido generar derechos. Y, además, los derechos nunca pueden ser adquiridos contra un valor superior del ordenamiento jurídico ni contra terceros de mejor derecho.

Nuestra Norma Fundamental destina varios artículos a la igualdad. Así, en su artículo 1.1, proclama que España se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*.

Se trata de la primera referencia constitucional a la igualdad que goza de un lugar privilegiado, junto con otros valores superiores o principios generales del derecho, pues se encuentra en el Título Preliminar. La propia legalidad del ordenamiento jurídico se hace depender del respeto a estos principios generales del derecho.

Pero más allá de la legalidad del ordenamiento jurídico, la legitimidad de la normativa emanada de las Cámaras encuentra su soporte jurídico en la justicia formal o material contenida en los preceptos constitucionales.

En este artículo nos vamos a centrar en la igualdad. Los artículos 9.2 y 14 de la Constitución contienen un mandato de igualdad material o real (artículo 9.2) y de igualdad formal o ante la ley (artículo 14). Así lo viene estableciendo el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (114/1983, de 6 de diciembre; 98/1985, de 29 de julio; y 19/1988, de 16 de febrero). Para el TC, *lo proclamado en el artículo 9.2 puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de una igualdad sustancial*. Carmona Cuenca (1994) afirma que el Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 9.2 como correctivo del principio formal del artículo 14.

Pues bien, es precisamente el respeto a la igualdad ante la ley (artículo 14) y el respeto a esa conjunción del artículo 9.2 y 14 entendidos como correctivo el primero del segundo, lo que se echa en falta en la normativa emanada de nuestras Cortes desde la aprobación de la Constitución de 1978. Una normativa, en general, con una inaceptable discriminación a la mujer, no sólo en cuanto a su

desigualdad material sino también en cuanto al desigual trato de la mujer desde una perspectiva formal.

Y es que la legitimidad y la justicia sólo pueden predicarse de leyes que respeten escrupulosamente los valores y principios consensuados en la norma fundamental.

Sin embargo, se observa un trato discriminatorio de carácter formal con respecto a la mujer; asimismo, es claro que la igualdad material (social y económica), por lo que respecta a la mujer, tiene aún que desplegar todos sus efectos jurídicos (como señalaba Elías Díaz) pues observamos cómo no sólo las leyes que se aprueban perpetúan los efectos de desigualdad material para la mujer sino también cómo numerosas sentencias emitidas por tribunales vienen precisamente a deslegitimar a dichos órganos por cuanto son manifiestamente sexistas y denigrantes para la mujer.

Como sostiene Fernando de los Ríos (en Elías Díaz, 1978), *aun siendo conscientes del indudable progreso que ha significado la igualdad jurídico-política del Estado democrático liberal, no es suficiente y no trae necesariamente consigo la igualdad real y, por consiguiente, la plena liberación humana*. Estas palabras pronunciadas en el siglo XX, son desgraciadamente aún de plena aplicación en el siglo XXI.

Para Squella (1989) la igualdad material, a cuya realización apuntan los derechos económicos y sociales, no es una conquista consolidada por el transcurso del tiempo, como la igualdad ante la ley, que forma parte inseparable de la organización jurídica de los sistemas parlamentarios representativos.

Para Peces-Barba (1984), se trataba, en su día, de un objetivo a alcanzar progresivamente. La pregunta sería cuán progresivamente y para cuándo esa igualdad material. Dicho de otra manera, si hablamos de la igualdad por razón de sexo, por qué deberíamos, a fecha del siglo XXI, esperar el transcurso progresivo del tiempo.

Gran parte de la normativa que se sanciona en la actualidad viene precedida de la crítica de sectores que reclaman una revisión de la composición de las comisiones de estudio o una revisión y modificación en profundidad de las fuentes del derecho (la ley, la costumbre y los principios generales del derecho) en la medida en que hayan quedado obsoletas o sean manifiesta o siquiera levemente contrarias al espíritu o a lo consagrado en la Norma Fundamental.

La aprobación en fecha reciente de normativa con perspectiva de género tanto a nivel estatal (Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; Ley 30 /2003 sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno; Real Decreto 1083/2009 por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo de las normas a adoptar por el Gobierno) como autonómico (en Andalucía, por ejemplo), es, sin duda, una evidencia de la desigualdad que sigue existiendo.

En su artículo sobre el principio de igualdad material, Carmona Cuenca (1994) cita a Alessandro Pizzorusso en relación con una cláusula similar (artículo 3.2 de la Constitución italiana) a nuestro artículo 9.2. Para el jurista italiano, *nos hallamos, por tanto, ante una solución intermedia entre el igualitarismo extremo que se enuncia en la fórmula “a cada uno según sus necesidades” y la mera igualdad de derecho (“a cada uno según sus méritos”), de tal forma que se aspira no ya a la nivelación general sino al establecimiento de unos límites máximos y*

mínimos que aseguren una vida decorosa y segura (“la llamada libertad frente a la necesidad”) permitiéndose, al tiempo, que los más dotados, los más trabajadores o los más perseverantes alcancen las posiciones más destacadas en el campo de la política, de los negocios, de la cultura, del arte, etc.

Pero es que el principal problema con que se encuentran las mujeres en nuestra sociedad es precisamente que no pueden siquiera optar a esas diferentes recompensas atribuidas por diferentes méritos demostrados dada su inicial posición de inferioridad y discriminación que, en la ley aplicable, se manifiesta en su origen y formulación, en su procedimiento y aprobación y en los fines que persigue queridos o no queridos.

Por todo lo anteriormente expuesto, sostenemos que resulta imperativa la exigencia de que la redacción de la normativa a sancionar en Cortes venga precedida del pertinente Informe de Contenido Social por el que se alerte de la desviación de la futura norma respecto del principio de igualdad (formal y material) o de las graves consecuencias que, de ser aprobada con una determinada redacción y espíritu, se derivarían para la igualdad (insistimos, formal y material) de sectores tradicionalmente marginados y que, por ende, precisan de especial protección o incluso de discriminación positiva (aparte de las mujeres, colectivos LGTBI, inmigrantes, gitanos, etc).

El Informe de Contenido Social no puede ser un informe sin verdadero contenido, sin carga pedagógica, sin objetivo claro, pues puede caerse en un mero trámite que no tenga implicaciones más allá de la mera buena voluntad del legislador.

La Ley de Memoria Histórica (*Ley 52/2007 de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*) es un buen ejemplo para analizar lo que venimos defendiendo en estas líneas.

III. ILEGITIMIDAD, ILEGALIDAD Y VICIOS DE FONDO. LA NECESARIA REVISIÓN NORMATIVA DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA.

¿Puede predicarse ilegitimidad, ilegalidad o vicios de una normativa que no respeta en su procedimiento de aprobación y/o en su contenido el principio de igualdad, material y formal, de sexos?

Para Legaz Lacambra (1958), la *legalidad, en el más amplio, general y obvio de los sentidos, significa existencia de leyes y conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos*. La pregunta sería si una ley no es obedecida, entonces, ¿deja de ser legal, es decir, la legalidad se predica sólo de leyes que producen conformidad de los actos a las mismas?

Para Stein (1994), a veces, el derecho exige también obediencia aun siendo incorrecto. La sentencia objetivamente antijurídica, pero firme, debe ejecutarse; la norma anticonstitucional hay que seguir aplicándola hasta que sea abolida. Pero si el derecho incorrecto o el derecho que se ha hecho incorrecto se mantiene por demasiado tiempo, se debilita el régimen jurídico en general, los destinatarios del Derecho se apartan del régimen jurídico y se pierde la autoridad del derecho.

Stein introduce el concepto de autoridad o legitimación para que la norma sea obedecida. Además, el concepto de Estado de Derecho no se limita, para este autor, a los elementos de legalidad formales, sino que se incluya en él también criterios de legitimidad de fondo, especialmente la exigencia de respeto a los derechos humanos fundamentales. De ahí la importancia del respeto a un principio esencial como es el de igualdad por razón de sexo. Concluye Stein (1994) que *el Estado de Derecho significa que el ejercicio del poder estatal sólo es admisible en base a la constitución y a leyes dictadas constitucionalmente desde el punto de vista formal y sustancial, con el único objetivo de garantizar la dignidad humana, la libertad, la justicia y la seguridad jurídica.*

Por su parte, Habermas (2004) reclama que no debe haber obediencia incondicional al derecho positivo pues no todo derecho merece ser obedecido, sino sólo aquel que presenta una adecuación material a los principios constitucionales puede esperar una obediencia cualificada de los ciudadanos, una obediencia que prevé, por tanto, la posibilidad de desobediencia. El examen de esta adecuación es lo que distingue precisamente a esa obediencia cualificada. La minoría presta un asentimiento condicionado a la decisión de la mayoría sólo si se adopta en un foro público de discusión abierto y tiene un carácter revisable.

Para que un sistema sea legítimo, deben darse una serie de condiciones necesarias. De entre ellas, destacaríamos el respeto a los principios fundamentales que informan el sistema en su conjunto, en concreto, el principio de igualdad por razón de sexo.

Fariñas Dulce (2018) sugiere que no se puede organizar una sociedad prescindiendo de la moralidad cívica de la ciudadanía, por cuanto eso es lo que supone el enganche legitimador con sus instituciones y normas de convivencia, salvo que prescindamos también de ellas.

En la misma línea de abogar por la moralidad como anclaje fundamental de la legitimidad de la norma, López Hernández (2009) aúna los conceptos de legalidad y legitimidad en un todo a través de la conexión entre derecho y moral. Sugiere López Hernández que, *en conclusión, la legitimidad es posible a través de la legalidad si ésta se basa en una teoría procedimental de la justicia, con la cual el derecho y la moral se entremezclan para producir un sistema político con ciertos caracteres: 1) La Constitución regula el proceso político a través de normas: mayoría, proceso parlamentario, ley electoral, etc. 2) La labor del Parlamento debe estar apoyada en una participación cada vez mayor de la población. 3) La calidad de la vida pública debe mejorar constantemente y en ello tienen especial importancia los medios de comunicación.*

Como señala Figueruelo Burrieza (2003), el Tribunal Constitucional ha dictaminado que *cuando nos encontramos ante un caso de diferente trato por razón de sexo, siempre hay una sospecha de ilegitimidad que obliga a la inversión de la carga de la prueba.* En efecto, si bien el TC ha considerado ilícitos, por inconstitucionales, los supuestos de acción protectora que conceden ventajas al sexo femenino (a excepción de la maternidad), en supuestos de la cláusula de interdicción de la discriminación se han considerado adecuados denominándose acción positiva.

La legitimidad es la creencia de la población sujeta a un orden político en la validez de dicho orden (Weber, 1979) o la creencia de la población de que el orden político que les gobierna es merecedor de reconocimiento (Habermas, 1981). Reconocimiento y validez son dos cualidades que parecen predicarse de la

legitimidad. O como continúa afirmando Habermas, la moral también ha de ser considerada como integrante del principio de legitimidad.

La concepción de la legitimidad de Habermas contiene dos aspectos, por un lado, la propia formalidad del derecho tiene ya en sí contenidos morales implícitos y, por otro, la misma argumentación racional en sí misma produce contenidos morales. *Puesto que hoy ya no hay certezas fuera de la propia sociedad, es la sociedad con sus procedimientos democráticos la única fuente de las decisiones políticas, jurídicas y morales. Sólo de una racionalidad procedimental llena de contenido moral puede extraer la legalidad su propia legitimidad.*

López Hernández (2009) concluye que la legitimidad es posible a través de la legalidad si ésta se basa en una teoría procedimental de la justicia, con la cual el *derecho y la moral se entremezclan para producir un sistema político con ciertos caracteres: 1) La Constitución regula el proceso político a través de normas: mayoría, proceso parlamentario, ley electoral, etc. 2) La labor del Parlamento debe estar apoyada en una participación cada vez mayor de la población. 3) La calidad de la vida pública debe mejorar constantemente y en ello tienen especial importancia los medios de comunicación.*

Para Habermas (2005) la legitimación es un proceso de comunicación, cuyo objetivo es la búsqueda del entendimiento, basado en condiciones pragmáticas ideales que posibilitan dicho entendimiento y sin que exista ninguna coacción externa, incluida la del propio poder político. Fuera de ese proceso de comunicación (que además ha de ser moral) no puede existir legitimación. En consecuencia, si no existe comunicación o si ésta no se plasma en informes que sancionen el cumplimiento de principios fundamentales como el de igualdad por razón de sexo (informes, por ende, que garanticen la moralidad de la norma), no existe legitimación.

Señala Bobbio (1984) que, desde el punto de vista del soberano, la legitimidad es lo que fundamenta su derecho; *la legalidad establece su deber. Desde el punto de vista del súbdito, al contrario, la legitimidad es el fundamento de su deber de obedecer; la legalidad es la garantía de su derecho de no ser oprimido.*

Si la legitimidad, como hemos visto, es autoridad, aceptación y moralidad, el deber de obedecer la ley decae o se hace más débil si dicha ley no puede ser aceptada por ser inmoral. Podríamos, pues, afirmar que una ley es inmoral si no respeta el principio de igualdad. Por otra parte, si la legitimidad es el fundamento del deber de obediencia, ¿deberíamos desobedecer una norma ilegítima por cuanto no contiene un elemento valorativo imperativo cual es la igualdad no sólo formal o ante la ley sino sustancial o material?

Desde un punto de vista normativo, el Estado democrático de derecho está constituido por dos ideas en igual medida, la garantía estatal de la paz interior y la seguridad jurídica de todos los ciudadanos, y la aspiración de que el orden estatal sea reconocido como legítimo por los ciudadanos, esto es, libremente y por convicción.

Para Velasco Arroyo (1996), la legitimidad por parte del Estado democrático de Derecho no se satisface por el simple hecho de que las leyes, sentencias o medidas sean dictadas, pronunciadas o adoptadas conforme el procedimiento prescrito. En las cuestiones fundamentales no es suficiente la legitimidad procedimental, sino que el propio procedimiento y la totalidad del ordenamiento jurídico tiene que poder justificarse fundamentándose en principios esenciales.

Rawls, Dworkin y Habermas señalan como un requisito imprescindible para considerar un acto de disidencia política bajo la categoría de desobediencia civil el respeto por el orden político vigente, siempre que éste responda a una constitución democrática.

Velasco Arroyo (1996), en las argumentaciones justificatorias aducidas por quienes desobedecen civilmente se entrecruzan razones de índole político-moral y también jurídicas. Quienes actúan así están convencidos de la inutilidad de los procedimientos legales, bien por su lentitud insoportable o bien por su probada falta de eficacia.

Para Elías Díaz (2006), junto con los derechos civiles y políticos (o de primera generación, consagrados por el Estado liberal) y los derechos sociales, económicos y culturales (o de segunda generación y propios del Estado del Bienestar), los derechos de tercera generación *reclaman de un modo u otro su incorporación a la legalidad: derechos de las minorías étnicas, los derivados de las diferencias sexuales, lingüísticas, de la marginación por diferentes causas, derechos de los inmigrantes, ancianos, niños, mujeres, derechos en relación con el medio ambiente, las generaciones futuras, la paz, el desarrollo económico de los pueblos, la demografía, las manipulaciones genéticas, las nuevas tecnologías, etc.*

Es precisamente esa incorporación a la legalidad de los derechos de las mujeres, lo que se expone y defiende seguidamente. La ilegalidad o ilegitimidad de las leyes tienen siempre consecuencias. Un sistema no es justo, moral y pacífico si no aplica los principios fundamentales en los que se fundamenta. En consecuencia, la autoridad de ese sistema quedaría mermada y su desobediencia puede plantearse como legítima.

IV. LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA. UNA REVISIÓN CRÍTICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD DE SEXO

La *Ley 52/2007, de 26 de diciembre por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil o la dictadura* (en adelante, *LMH*) fue publicada en el BOE de 27 de diciembre de 2007.

Se trata de una ley que ha perdido la oportunidad de hacer justicia con la mujer (republicana) pues la sociedad española tiene una deuda histórica con los vencidos pero muy especialmente con este grupo social dado que se vio especialmente perjudicado precisamente por razón de sexo. Al menos una parte de los vencedores condenó a este grupo social a una condición de absoluta inferioridad y estigmatización, ejerciendo una violencia añadida por la condición de mujer.

La literatura académica no repara en el trato dado a la mujer en la LMH. Por ejemplo, para Escudero Alday (2013) la LMH plantea una *segunda reivindicación, que busca ir más allá de la implementación de este programa de reparaciones para poner su foco de atención en la construcción de una sociedad y una ciudadanía más respetuosa con la legalidad, la democracia y los derechos humanos*. Insistimos en la oportunidad perdida para elaborar una ley que, en efecto, sea respetuosa con la legalidad, la democracia y los derechos humanos, en concreto, los de todo un colectivo, las mujeres.

A la luz del planteamiento expuesto, varios son los artículos que deberían ser objeto de revisión. Entre ellos, vamos a centrarnos en los artículos 1, 2, 4 y 5.

El artículo 1 de la LMH delimita el objeto de la ley, el 2 realiza un reconocimiento general, el 4 contempla la declaración de reparación y reconocimiento personal y el 5 se refiere a la mejora de las prestaciones reconocidas por la Ley 5/1979 a las viudas.

Artículo 1 Objeto de la Ley

1. La presente Ley tiene por objeto reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar, y adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos, todo ello con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales.

Artículo 2 Reconocimiento general

1. Como expresión del derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar, se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura.

2. Las razones a que se refiere el apartado anterior incluyen la pertenencia, colaboración o relación con partidos políticos, sindicatos, organizaciones religiosas o militares, minorías étnicas, sociedades secretas, logias masónicas y grupos de resistencia, así como el ejercicio de conductas vinculadas con opciones culturales, lingüísticas o de orientación sexual.

Artículo 4 Declaración de reparación y reconocimiento personal

1. Se reconoce el derecho a obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes durante la Guerra Civil y la Dictadura padecieron los efectos de las resoluciones a que se refieren los artículos anteriores.

El objeto de la ley se reduce (decimos bien, se reduce) a razones que dejan fuera la condición de mujer que tan importante fue en la comisión de actos de violencia y venganza. Es de todos conocido el uso de la violencia contra la mujer, en concreto, las violaciones, como arma de guerra. En este sentido, la evidencia del uso de las violaciones para generar un estado de terror con fines de guerra y de venganza se muestra, entre otros muchos ejemplos, en las alocuciones radiofónicas (¿podrían ser consideradas resoluciones de órganos constituidos de acuerdo con el artículo 3.1 LMH?) del General Queipo de Llano en Sevilla:

Nuestros valientes legionarios y regulares han enseñado a los cobardes de los rojos lo que significa ser hombre. Y, de paso, también a las mujeres. Después de todo, estas comunistas y anarquistas se lo merecen, ¿no han estado jugando al amor libre? Ahora por lo menos sabrán lo que son hombres de verdad y no milicianos maricas. No se van a librar por mucho que forcejeen y pataleen.

La ley no ha tenido en cuenta en su elaboración y redacción la condición de mujer como elemento específico y diferenciado en el uso de la violencia. Estamos ante una condición que, al ser hetero-normativa (es decir, es la condición de

mujer y no de hombre) no ha gozado de la protección que la condición privilegiada de hombre si tiene. En este sentido, si el hombre es la medida de la ley, dicha ley sólo podrá referirse a situaciones y actuaciones que reflejen la posición del hombre en el espacio y en el tiempo. Por lo tanto, sólo se reconocen los derechos que se derivan de la exclusiva condición de hombre pues sólo los hombres (o de manera mayoritaria) tuvieron resoluciones (o sentencias) que, de acuerdo a la LMH, les avalan como merecedores de los derechos derivados de dicha ley. Si sólo los hombres eran juzgados en tribunales u organismos similares y las mujeres sólo sufrieron violencia y muerte sin resoluciones o sentencias, la violencia y muerte sufridas por las mujeres no merecen declaración de derecho alguna. Si la ley la hubieran hecho hombres y mujeres por igual, o personas sensibilizadas y conscientes de las diferentes posiciones de los sexos en el tiempo y en el espacio, no se hubiera primado la emisión de resoluciones o sentencias para la declaración de los derechos.

Hombres y mujeres sufrieron y murieron por igual, tan sólo un elemento insustancial (no en el sentido de que el contenido de las resoluciones o sentencias lo sea sino en el sentido del soporte material que justifica la declaración del derecho, es decir, el papel o documento de la sentencia o resolución) diferencia dichos sufrimiento y muerte. Pero la ley sólo contempla la existencia (prueba fehaciente) de sentencia o resolución para la declaración del derecho.

En el caso de las violaciones y asesinatos de mujeres hubo sentencia o resolución, sin duda alguna, pero fue una sentencia arbitraria y emitida por una persona, el verdugo, en su calidad de tal persona y no en nombre de un tribunal u órgano oficial. Sólo y exclusivamente la terminología jurídica impide la justicia, el reconocimiento y la reparación.

En su artículo 3.1 la LMH *habla de tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal*. Ninguno de estos tribunales “oficiales” juzgó a las mujeres pues por su condición de tales no tenían acceso a los mismos en su gran mayoría.

Los juicios a mujeres fueron en su mayor parte de carácter personalísimo y “sumario”, y se consumaron in situ, de manera inmediata con no menos violencia o saña que los de los hombres y por evidentes razones de guerra, políticas e ideológicas, pero con el agravante de la condición de mujer. Nada hay, pues, de fondo del asunto que impida considerar las muertes de las mujeres como precedidas de resolución, sentencia o determinación, aunque sea arbitraria e individual. Sin embargo, la ley es clara en su artículo 3.1, excluyendo implícitamente a la mujer. Esa exclusión no es aleatoria y ha de ser entendida como incardinada en la matriz de dominación (conocimiento-poder) que subyace en nuestras sociedades, a saber, el hetero-patriarcado.

En este sentido, Bergalli (1998) mantiene que el Estado no deja nada al azar pues implementa oportunas estrategias de control social en sus decisiones respecto a las maneras de comportarse en relación con sus ciudadanos. En este sentido, para este autor dichas decisiones *no dependen de voluntades personales u opciones políticas coyunturales. Antes bien, ellas son la consecuencia de oportunas estrategias de control social que responden a las tensiones producidas en las relaciones entre la estructura socio-económica y la esfera política de toda sociedad*.

Por su parte, el artículo 5 que se refiere a la ley 5/1979 ahonda, por razones obvias, en la desigualdad, aunque en este caso parezca favorable a la mujer. Y decimos “parezca favorable” porque ¿hasta qué punto es favorable tener un reconocimiento como “viuda de” en lugar de como persona sobre la que se ejerció violencia, es decir, como mujeres que sufrieron en sus propias carnes violencias acumuladas, añadidas, por su condición de mujeres? Reproducimos seguidamente el título del artículo 5 LMH.

Artículo 5 Mejora de las prestaciones reconocidas por la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, de reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social a favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada Guerra Civil

En suma, la ley hace referencia a violencia por resolución o sentencia, de manera que sólo contempla prima facie el soporte documental emitido por órganos a los que pocas mujeres tuvieron acceso con ocasión de su violación o muerte pues eran órganos que representaban espacios exclusivos y propios del tradicional rol desarrollado por hombres despreciando a todo un colectivo que sufrió varias violencias, entre ellas, la propia de los vencidos en una guerra, la derivada de su condición política e ideológica y la derivada de su condición de mujer.

En efecto, si la mujer era extremadamente joven (adolescentes y niñas) o estaba relegada al hogar (aunque muchas mujeres trabajaran, no era la norma o bien no se reconocía de igual manera que el trabajo del hombre), y fue represaliada, dado que en la mayor parte de los casos no lo fue por sentencia judicial o resolución de órgano, la ley 52/2007 no contempla adecuadamente ni repara convenientemente (ni económica, ni moralmente) a la mujer represaliada durante la guerra civil y en la dictadura.

Las represalias contra las mujeres tomaron la forma de violencia de todo tipo por su condición de mujer, entre ellas, violación y rapado de la cabeza con lo que ello conllevaba de humillación, vergüenza y desprestigio social.

Dos son, al menos, los objetivos de la LMH. En primer lugar, un objetivo colectivo, el de recordar y honrar a aquéllos que murieron o sufrieron tortura defendiendo la legalidad vigente. En segundo lugar, un objetivo individual, cual es la consagración del derecho a obtener una *Declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes durante la Guerra Civil y la Dictadura padecieron los efectos de las resoluciones (artículo 4.1 LMH). Finalmente se modifican determinadas leyes que establecen compensaciones económicas o fiscales y se aprueba, en atención a las circunstancias excepcionales que concurrieron en su muerte, el derecho a una indemnización, por una cuantía de 135.000 euros, a los beneficiarios de quienes fallecieron durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1968 y el 31 de diciembre de 1977, en defensa y reivindicación de las libertades y derechos democráticos (artículo 10 LMH).*

Para la consecución de estos objetivos, es fundamental que la ley realice un recordatorio específico de acciones cometidas en razón de la especial circunstancia de ser mujer.

Como se ha dicho, muchas mujeres sufrieron torturas, mutilaciones, violaciones, rapados de cabeza y muerte sólo por ser republicanas. Colectivamente es de justicia recordar su pertenencia a un sexo concreto e, individualmente, estas mujeres tienen derecho a las reparaciones y reconocimiento legales, aunque el artículo 4.1 de la LMH sea un obstáculo para

dicha compensación pues sanciona que existe dicho derecho siempre que la violencia se hubiera derivado de resoluciones.

Existe una contradicción fundamental entre la memoria que es eminentemente subjetiva y sujeta a permanente revisión (las razones o sinrazones que llevaron al alzamiento y a la guerra y posterior dictadura, los recuerdos del horror, la humillación y la derrota) y la Historia, que se pretende una lectura objetiva de los hechos del pasado (es decir, las fosas comunes, el número de personas enterradas en las mismas, los documentos escritos, gráficos y sonoros conformarían la base de la historia, es decir, de los hechos verificables y cuantificables).

Pero en todo caso es de justicia tratar de hacer memoria a partir de datos de hemerotecas, fotografías, denuncias, informes policiales y sentencias (si las hubiere) emitidas en contra de mujeres. Aunque probablemente, no habrá muchas sentencias o resoluciones porque insistimos a las mujeres no se las juzgaba.

La confluencia entre sexo y sexualidad es especialmente compleja en el análisis de la ilegitimidad, ilegalidad y vicio de fondo de las leyes. La ley, en todo caso, parece reconocer la orientación sexual como causa de reconocimiento general (artículo 2 de la LMG) pero no el sexo hetero-normativo (es decir, la condición de mujer).

La Comunidad Autónoma de Andalucía ha intentado subsanar esta injusticia de la que hablamos mediante la promulgación del Decreto 372/2010, de 21 de septiembre y posteriormente de la Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía que, en su Exposición de Motivos, no deja lugar a dudas de la injusticia y la deuda histórica con las mujeres republicanas además de dejar entrever las dificultades que plantea la correcta aplicación del principio de igualdad por razón de sexo.

Dice la Exposición de Motivos de la Ley andaluza:

En este sentido cabe señalar la especial sensibilidad que tanto el Parlamento de Andalucía como el Gobierno andaluz han tenido con las mujeres que padecieron represión durante la Guerra Civil y el franquismo con la publicación del Decreto 372/2010, de 21 de septiembre, por medio del cual se establecían indemnizaciones a mujeres que sufrieron formas de represión en su honor, intimidad y propia imagen. Y es que las características de la represión ejercida exclusivamente sobre las mujeres durante la Guerra Civil y la Posguerra tuvo un claro componente de género; las mujeres fueron ultrajadas, a veces, únicamente por ser mujeres. Muchas mujeres fueron asesinadas, otras violadas, encarceladas, vejadas, «paseadas», rapadas, etc.

En efecto, resulta sorprendente que puedan plantearse obstáculos para el disfrute de la igualdad por razón de sexo en un estado social y democrático de derecho; sin embargo, la realidad es tozuda cuando prevalece como matriz de dominación (y, por ende, de desigualdad) el hetero-patriarcado. En Andalucía, el Decreto 372/2010, de 21 de septiembre, por el que se establecen indemnizaciones a mujeres que sufrieron formas de represión de la dictadura franquista sobre su honor, intimidad y propia imagen, pretende reparar la doble injusticia, por un lado, de una falta total de reconocimiento del sufrimiento de la mujer y de la violencia ejercida sobre ella (precisamente por la dificultad de demostrar la violencia producida por su condición de mujer) y por otra, la falta de una indemnización o reparación adecuadas. En su Exposición de Motivos, el Decreto

372/2010 no deja lugar a dudas de las dificultades que tienen las mujeres por su condición de tales para una cuestión de justicia tan evidente:

El presente Decreto se dirige a aquellas mujeres que sufrieron diversas formas de represión distintas de penas privativas de libertad, con incidencia, esencialmente, en su consideración social, con el objetivo de reparar su honor, intimidad y propia imagen y reconocer su contribución a la construcción de la sociedad democrática.

Una característica de estas formas de represión reside en la dificultad, cuando no imposibilidad, de ser probadas por quienes las sufrieron sin que existan expedientes administrativos o judiciales. Para evitar que la carencia de una prueba documental de tal naturaleza pueda impedir la consecución de los objetivos de la presente norma, expresamente se habilita la prueba mediante cualesquiera medios admitidos en Derecho, siempre que las formas de represión queden suficientemente acreditadas, como se exige en el empleo de fondos públicos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Como condición previa a la elaboración de un texto legal, se exige un Informe Económico que explique la viabilidad económica de la ley que se pretende aprobar, es decir, su financiación y dotación presupuestaria. En el mismo sentido, en nuestra opinión, es imperativo que se exija la elaboración de un Informe de Contenido Social que determine los principales aspectos sociales a tener en cuenta, que valore las consecuencias tanto positivas como negativas que puedan derivarse y que establezca los parámetros lingüísticos de su redacción, todo ello con el objeto de que se respeten escrupulosamente los principios generales del derecho (y, muy en especial, el principio de igualdad por razón de sexo) en cuanto al fondo y la forma de las normas que nos vamos a otorgar.

La imperatividad de un Informe de Contenido Social en el caso que nos ocupa de la Ley de Memoria Histórica hubiera salvado, si no todos, sí gran parte de las cuestiones de ilegitimidad, ilegalidad y vicios de fondo de la misma que se apuntan en este artículo.

La obediencia a las normas depende de su legalidad y legitimidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

R. BERGALLI, “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”. *Jueces para la democracia*, 32, 1998, pp. 58-63.

N. BOBBIO, “El derecho y el poder”. En: Bobbio, Norberto & Bovero, Michelangelo. *Origen y Fundamentos del poder político*. Grijalbo, México, 1984, p. 30.

E. CARMONA CUENCA, “El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. 1994, número 84.

E. DÍAZ,

“Derecho social y ética política en el socialismo humanista de Fernando de los Ríos”, en E. Díaz, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Civitas: Madrid, 1978.

“Estado de Derecho y Derechos Humanos”. *Novos Estudios Jurídicos*, Vol. 11, n. 1, 2006, pp. 9-25.

R. ESCUDERO ALDAY, “Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica.” *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013, pp. 319-340.

M. J. FARIÑAS DULCE, “Neoliberalismo versus Democracia” *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 14, 2018, pp. 342-352.

L. FERRAJOLI, Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía*, nº.16 México, 2002.

A. FIGUERUELO BURRIEZA, “El discurso jurídico. La mujer en la Constitución Española”. Texto de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca el 23 de octubre de 2003 en el marco de las "IV Jornadas de Historia de las Mujeres. Discursos de Género", 2003.

J. HABERMAS,

La reconstrucción del materialismo histórico, trad. J.N. Muñiz y R.G. Cotarelo, Madrid: Taurus, 1981.

Ensayos políticos. Barcelona: Península, 2004.

Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso, trad. M. Jiménez Redondo, 4a ed., Madrid: Trotta, 2005.

L. LEGAZ LACAMBRA, “Legalidad y legitimidad.” *Revista de estudios políticos*, (101), 1958, pp. 5-24.

J. LÓPEZ HERNÁNDEZ, “El concepto de legitimidad en perspectiva histórica”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 18, 2009, pp. 153-166.

P. MELLADO PRADO, y Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, "En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 5 de la C.E. de 1978", *La Ley*, 1, 1984.

G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*. Tecnos: Madrid, 1984.

A. SQUELLA, “Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia”. *Anuario de Filosofía del Derecho VI*, 1989, pp. 253-266.

T. STEIN, “Estado de derecho, poder público y legitimación desde la perspectiva alemana”. Issue 88 of Working papers, Universidad Autónoma de Barcelona, Instituto de Ciencias Sociales y Políticas, 1994.

J. C. VELASCO ARROYO, “Tomarse en serio la desobediencia civil. Un criterio de legitimidad democrática”. *Revista Internacional de Filosofía Política*, vol. 7, 1996, pp. 159-184.

M. WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Trad. Medina Echavarría y otros, 2ª ed. México: F.C.E. 1979 (1ª ed. alemana 1922).

PRINCIPALES CONTROVERSIAS EN TORNO A LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS A HIJOS MAYORES DE EDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO

Marta Madriñán Vázquez
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Santiago de Compostela
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6095-9609>

Fecha de recepción: 22 de septiembre 2020.
Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2020.

RESUMEN: El trabajo que presento aborda uno de los principales temas aparejados a las crisis matrimoniales, cual es, la obligación de alimentos de los progenitores respecto a sus hijos, pero acota su objeto a la pensión otorgada a los hijos mayores de edad. A lo largo de este estudio trataremos las cuestiones más controvertidas que plantea esta obligación alimenticia desde el punto de vista sustantivo. Comenzaremos por delimitar esta realidad a nivel conceptual, para posteriormente analizar los requisitos que deben darse para que esta obligación exista. Igualmente trataremos el límite temporal y las posibles causas de extinción de la pensión de alimentos, con el fin de identificar las lagunas a colmar y el tratamiento jurisprudencial que se le da a esta cuestión.

ABSTRACT: The work I present addresses one of the main issues associated with marriage crises, namely, parents' maintenance obligations towards their children, but limits its scope to the pension granted to children who have reached the age of majority. Throughout this study we will address the most controversial issues raised by this maintenance obligation from a substantive point of view. We shall begin by defining this reality at the conceptual level and then analyse the requirements that must be met for this obligation to exist. We will also discuss the time limit and possible causes for the extinction of the maintenance obligation, in order to identify the gaps to be filled and the jurisprudential treatment of this issue.

PALABRAS CLAVE: divorcio, modificación de medidas, pensión de alimentos, vivienda familiar, hijos mayores de edad, progenitor, relaciones paternofiliales, Pensiones alimenticias de los hijos

KEYWORDS: divorce, modificación de medidas, alimony, family home, older children, progenitor, parent-child relations, child support,

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Pensión de alimentos a los hijos mayores de edad: requisitos en torno a su concesión. 2.1 Consideraciones previas. 2.2. Requisitos: A. Convivencia en el domicilio familiar. B. Carencia de recursos propios por causas no imputables al mayor dependiente. - 3. Límite temporal del derecho de alimentos a los hijos mayores de edad. - 4. Extinción de la pensión de alimentos. 4.1. Causas comunes en torno a la extinción de la pensión de alimentos. 4.2. Falta de relación entre el progenitor y el hijo mayor de edad. - 5. Alimentos a los hijos mayores de edad discapacitados.

1. INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años presenté, a raíz de mi participación en un Congreso de Derecho de Familia celebrado por IDADFE, un estudio sobre el derecho de alimentos a los hijos mayores de edad tras la ruptura matrimonial.¹

En dicho trabajo, una vez analizadas las principales diferencias entre los alimentos debidos a los hijos menores de edad, y los debidos a los mayores, el punto de partida lo constituyó el artículo 93.2 CC, en virtud de cual si conviven en el domicilio familiar hijos mayores o emancipados que carecen de ingresos propios, entonces el Juez en la misma resolución puede fijar los alimentos que sean debidos según los artículos 142 ss. CC.

Sin negar la importancia de un precepto como el mencionado, hacía yo hincapié, a modo de crítica, en el hecho de que este verdaderamente no vino a reconocer ningún derecho que no estuviera ya reconocido con anterioridad, sino que la norma se limitó a prever un nuevo cauce procesal para solicitar estos alimentos. En definitiva, la introducción del párrafo segundo del art. 93 CC constituyó más bien una reforma procesal y no sustantiva, todo lo cual, como hice notar en su día, fue objeto de importantes críticas doctrinales, dada la nula técnica legislativa al incardinar en su seno un precepto procesal dentro de un sustantivo.²

Centrada en aquel momento en la posible legitimación activa para solicitar alimentos del progenitor que convive con el hijo mayor de edad tras la ruptura matrimonial, me encuentro nuevamente ante el art. 93.2 CC, pero esta vez para tratar las principales cuestiones que el mismo suscita desde el punto de vista sustantivo, que son a mi parecer: la posible fijación *ab initio* de un límite temporal y las causas de extinción de los mismos.

La previsión legal de alimentos a los hijos mayores de edad ha dado pie a un sinfín de litigios en relación a la extinción de la obligación sancionada por el Código Civil, siendo las razones alegadas por el cónyuge obligado al pago, generalmente, que el hijo mayor de edad o ya no convivía en el domicilio familiar, o se encontraba incorporado al mundo laboral o que no existía un aprovechamiento académico suficiente, en el caso de que el hijo estuviera cursando estudios, lo que, en algunos casos, justificaba la extinción de la obligación alimenticia con cargo a uno de los progenitores.

Es una realidad que hoy por hoy uno de los cambios esenciales en nuestra sociedad ha sido el retraso, cada vez mayor, a la hora de producirse la salida de los hijos del hogar de sus progenitores. Ello es debido a razones de diversa índole, como el hecho de que cada vez acceden más tarde y con una mayor dificultad al mundo laboral. En consecuencia, resulta habitual que los hijos, ya mayores de edad, sigan conviviendo con sus padres cuando estos se separan o divorcian. Este es precisamente el origen de la modificación del artículo 93 CC a través de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que incorporó un párrafo relativo a los alimentos de los hijos mayores de edad en las crisis matrimoniales de sus padres.

Desde el punto de vista sustantivo los alimentos de los hijos mayores de edad se diferencian de los de los menores, entre otras cosas, en que para que puedan ser exigidos resulta necesario unos requisitos, cuales son, la convivencia de estos hijos en el domicilio familiar y la carencia de recursos propios o necesidad económica, que en el supuesto de los hijos menores se presupone. Constituyen estos precisamente el punto de partida de mi trabajo en el que se ha procedido a un análisis de ambos para seguidamente centrarme en otra cuestión que ha generado significativas polémicas tanto doctrinales como jurisprudenciales.

¹ MADRIÑÁN VÁZQUEZ M., “Crisis de pareja y pensión de alimentos en relación con los hijos comunes mayores de edad”, *Relaciones paterno-filiales. Congreso IDADFE 2011*, LASARTE ÁLVAREZ, C., (dir.), vol. II, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 251 a 271.

² *Vid.*, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., “Legitimación para reclamar alimentos a favor de hijos mayores”, *AC*, 2008, pp. 590 ss.

Me refiero con ello a la cuestión de si los alimentos a los hijos mayores de edad pueden prolongarse indefinidamente en el tiempo, lo cual nuestros tribunales han condicionado al hecho de que aquellos no hayan terminado su formación por causas que no le sean imputables, “sin que su pasividad en una calificada “cómoda posición de dependencia” sea admisible a una determinada edad”.³

Y es que la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad no puede ser indefinida en el tiempo, pero el Código civil no fija el momento de extinción de esta. A intentar dilucidar hasta cuándo, el cónyuge no custodio debe seguir alimentando a los hijos mayores de edad será una de las cuestiones esenciales del trabajo que aquí se presenta atendiendo para ello a la jurisprudencia sentada al respecto por nuestro Tribunal Supremo.

Muchas de nuestras resoluciones judiciales han establecido *a priori* un límite temporal de duración de esta obligación alimenticia con el ánimo de que ello supusiera un estímulo de cara a su incorporación al mundo laboral. Otras, sin embargo, han descartado esta idea por considerar que el legitimado siempre tiene a su disposición la posibilidad de accionar el procedimiento de modificación de medidas para así instar la extinción de los alimentos cuando se den los presupuestos para ello.

Acto seguido centraré mi estudio en las diversas causas de extinción de la obligación alimenticia, analizando las causas comunes previstas por la ley. Además centraré especial atención a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019 por cuanto de la misma se puede deducir que se podrá declarar la extinción de la obligación de alimentos ante la ausencia continuada de relación familiar, relevante e intensa, entre el padre que sea alimentante y el hijo que sea alimentista por motivos imputables principal y exclusivamente al segundo.

No he querido finalizar el trabajo sin aludir siquiera brevemente a la obligación de alimenticia a favor de los hijos que, mayores de edad, sufren alguna discapacidad por cuanto su situación se asemeja a la de los menores de edad en cuanto a la pensión de alimentos se refiere.

2. PENSIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD: REQUISITOS EN TORNO A SU CONCESIÓN

2.1 Consideraciones previas

De todos es sabido que la pensión de alimentos no se agota cuando los hijos, menores de edad, alcanzan la mayoría. En efecto, si bien sólo los hijos menores son acreedores de los alimentos que se acuerden en un procedimiento matrimonial, excepcionalmente, los mayores y emancipados, al margen de su derecho a reclamar alimentos entre parientes por la vía de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, también pueden obtener esta prestación como resultado de un procedimiento matrimonial o de regulación de los efectos de una unión de hecho.⁴ Así lo determina el art. 93.2 CC, que prevé la fijación de pensiones alimenticias en favor de los hijos mayores de edad o emancipados conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil siempre que convivan con alguno de los progenitores y carezcan además de

³ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Comentario al artículo 93 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil, t. I*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 968.

⁴ TENA PALAZUELO, I., *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda. Doctrina y jurisprudencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 74 y 75.

una plena independencia económica.⁵ La norma viene así a dar respuesta a la necesidad de dar protección al hijo que, pese a ser mayor de edad carece de independencia económica.⁶

Como desarrollaremos más adelante, la obligación de alimentos a favor de estos hijos perdurará hasta que alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando, claro está, su necesidad no se deba a la conducta de aquellos.

Esta obligación alimenticia se basa fundamentalmente en el principio de solidaridad familiar previsto por el artículo 39.1 CE, “*siempre teniendo en cuenta la actitud de aquel que se considera necesitado*” “*el derecho de alimentos a los hijos mayores de edad, una vez extinguida la patria potestad, se apoya en lo que la doctrina civilista denomina principio de solidaridad familiar, siempre teniendo en cuenta la actitud de aquel que se considera necesitado*”. Además, se trata de un deber que carece de carácter absoluto debiendo ser interpretadas las normas ateniendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, conforme dispone el artículo 3.1 del Código Civil.⁷

En lo que respecta al fundamento jurídico de los alimentos debidos a los hijos mayores de edad, se ha dicho que este no deriva de los deberes inherentes a la patria potestad sino del deber general de alimentos entre parientes que se recoge en el art. 142 CC, de suerte que lo que determina el nacimiento de esta obligación es la carencia de ingresos propios suficientes para subvenir a sus necesidades permitiéndoles vivir una vida independiente. No se da una asimilación entre la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad y mayores, puesto que para estos últimos sólo procederá en casos de verdadera necesidad. En definitiva, nos encontramos con una obligación que debe ser considerada como una deuda del tipo de alimentos entre parientes, por lo que la misma presentará las mismas características que estos, y como tal, será irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, además, no podrán ser objeto de transacción.⁸

En contra de esta postura, considera el Tribunal Supremo que “*la remisión a los artículos 142 y siguientes (remisión excesivamente amplia si se entiende hecha a todos ellos, pues resulta clara la inaplicación de muchos de estos artículos al caso que ahora se trata) ha de entenderse hecha a los preceptos que regulan el contenido de la prestación alimenticia*”.⁹

La naturaleza alimenticia de esta medida no es apoyada por parte nuestra doctrina con la que me identifico. Ello es así en base a argumentos tales como el hecho de que el art. 93.2 CC “supedita su aplicación a la insuficiencia de recursos y no a la carencia absoluta de los mismos”, de modo que los alimentos debidos a los hijos mayores realmente hay que relacionarlos con la obligación de mantenimiento o asistencia que, “derivada de la relación paternofamiliar, se enuncia en el art. 39 de la CE y se manifiesta normativamente en el art. 154

⁵ En estos términos se manifiesta la STS de 28 de noviembre de 2003 (RJ 2003\8363) en virtud de la cual “*los derechos de los hijos a la prestación de alimentos no cesan automáticamente por haber alcanzado la mayoría de edad, sino que subsisten si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos, conforme ha declarado esta Sala de Casación Civil en sentencias de 24 de abril y 30 de diciembre de 2000 y resulta decretado en el artículo 39.3 de la Constitución*”.

⁶ *Vid.*, STS de 7 de marzo de 2017 (RJ 2017\704) que dispone que con el artículo 93.2 CC “*se daba respuesta a una necesidad social acuciante, que era proteger al hijo que, aún siendo mayor de edad, no era independiente económicamente y habría de convivir con alguno de los progenitores*”.

⁷ STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019\497). En el mismo sentido se manifiesta la STS de 21 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4443).

⁸ MORENO FLÓREZ, R. M^a. *Alteración de las circunstancias en Derecho de Familia. Instituciones viejas para tiempos nuevos*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 60 y 61. En el mismo sentido *vid.*, MARTÍN AZCANO, E. V., “*Modificación de la pensión compensatoria y de los alimentos a los hijos mayores con discapacidad por alteración sustancial de las circunstancias*”. *La Ley. Derecho de Familia*, núm. 9, enero-marzo, 2016, p. 6. En este sentido MORENO TORRES, M^a. L., considera que la naturaleza jurídica de la obligación alimenticia está fuera de duda. Añade la autora que “*parece sumamente acertado que el artículo 93.2 exija literalmente, en vez de una “situación de necesidad”, la carencia de recursos propios: y es que todo el que carece de recursos propios está en situación de necesidad. Distinto es que sus necesidades estén siendo cubiertas voluntariamente por otra persona*” (*Cfr.*, “*Los presupuestos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad*”, *Boletín de la Facultad de Derecho, n.º 28, Ejemplar Dedicado a la V Edición Premio Artículos Jurídicos «García Goyena», 2006*, pp. 293 y 294).

⁹ STS de 24 de abril de 2000 (RJ 2000\3378).

del CC¹⁰. En esta misma línea, entiende la profesora DÍAZ MARTÍNEZ, que se debe considerar la verdadera naturaleza jurídica de estos alimentos “no es la estrictamente alimenticia, sino la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, lo que justifica la legitimación del progenitor”.¹¹

Dicho lo cual, dos son los supuestos que se pueden plantear en torno a los alimentos a los hijos mayores. Por un lado, el supuesto de los hijos mayores o emancipados que, careciendo de ingresos propios, convivieran en el domicilio familiar al tiempo de la ruptura conyugal; y, en segundo lugar, los hijos mayores de edad que, una vez independientes, carecieran de recursos propios y precisaran auxilio de sus progenitores.

Encuadrados los segundos estrictamente dentro de los artículos 142 y siguientes del Código civil, el trabajo que presento se centrará en los hijos comprendidos en el primer supuesto para quienes, el artículo 93.2 CC determina que el juez fijará “los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes” del mismo texto legal, exigiendo en el precepto que estos convivieran en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios.

Desde la crisis económica vivida en España y el resto de Europa hace unos 10 años, y por razones que no hace falta enunciar por ser de sobra conocidas, resulta bastante normal que los hijos, una vez alcanzada la mayoría de edad, continúen viviendo en casa de sus progenitores cuando estos se separan o divorcian, ya que les resulta muy difícil, sino casi imposible independizarse. En resumen, desde hace aproximadamente una década, la salida del domicilio de los hijos deviene cada vez a una edad más tardía. Ante la situación descrita son los padres los que se ocupan económicamente de sus hijos en tanto estos no alcanzan la tan ansiada independencia económica. Esta situación genera una importante conflictividad en el supuesto en que se produzca una ruptura matrimonial, constituyendo esta una de las cuestiones que más conflictividad genera ante la ruptura matrimonial.

. Este es precisamente el origen de la modificación del artículo 93 CC a través de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que incorporó un párrafo relativo a los alimentos de los hijos mayores de edad en las crisis matrimoniales de sus padres.

Ahora bien, para poder fijar la pensión de de alimentos a favor hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial, el art. 93.2 CC establece unos requisitos, a saber: que convivan en el domicilio familiar, por un lado, y por otro, que carezcan de recursos propios. Se trata, como manifiesta la profesora DÍAZ MARTÍNEZ de “lo que los tribunales de justicia interpretan como ausencia de los suficientes para garantizar su autonomía económica, aspecto a menudo discutido cuando el hijo tiene trabajos temporales con ingresos exiguos y el progenitor alimentante niega su necesidad y pretende justificar en ello la no fijación de la pensión o la extinción de la existente”:¹²

2.2 Requisitos

A. Convivencia en el domicilio familiar:

El art. 93.2 CC exige en primer lugar que el hijo mayor conviva en el domicilio familiar con uno de los progenitores, todo lo cual hace presumir la existencia de una carencia económica por parte del hijo conviviente que le impide ser independiente. En definitiva, “se

¹⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el artículo 93 párrafo 2º del Código Civil”, *Aranzadi Civil*, 1997, pp. 183 y 184.

¹¹ *Vid.*, *op. cit.*, p. 967. *Ídem*, RUBIO TORRANO, E., “Los alimentos para el hijo mayor, del art. 93.2º CC”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 17, 2000, 1897.

¹² DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*, p. 968.
R.E.D.S. núm. 17, Julio-Diciembre 2020

establece una equiparación entre la independencia económica de aquéllos y el hecho de tener vida independiente”¹³.

Un análisis de este requisito requiere, sin duda, de una precisión terminológica por cuanto resulta preciso clarificar, en primer lugar, qué debe entenderse por domicilio familiar. A tal efecto, y ante la ausencia de un concepto en el Código Civil, nuestra doctrina coincide en considerar domicilio familiar como el lugar de convivencia efectiva entre el progenitor y su hijo, con lo que, si el progenitor que reclama los alimentos se hubiera trasladado con su hijo a otro domicilio distinto del que en su día era considerado el conyugal, ello no supondría un impedimento de cara a la concesión de la pensión, puesto que en este caso se seguirían manteniendo tanto el requisito de convivencia como el de dependencia económica.¹⁴ En efecto, lo importante no es dónde convivan, sino la falta de autonomía que obliga al hijo mayor a cohabitar con uno de sus padres¹⁵.

En conclusión, parece claro que por domicilio familiar debe considerarse, no sólo el domicilio conyugal propiamente dicho, es decir, el último domicilio que ha sido compartido por los progenitores antes de que se produjera el cese de la convivencia marital, sino que también debe incluirse en este concepto el domicilio de cualquiera de los progenitores con quien convive el hijo tras la separación.¹⁶

Por lo dicho, otro supuesto que encaja perfectamente dentro del término “convivencia en el domicilio familiar” es aquel en el que el hijo mayor convive en el mismo pero cursa sus estudios en otra ciudad distinta, siempre y cuando regrese al domicilio del progenitor los fines de semana o al menos con cierta frecuencia, por ejemplo, en periodos vacacionales. Nos encontraríamos aquí ante una situación de ausencia temporal y justificada.¹⁷ En conclusión, lo que se busca es que “el hijo mayor de edad continúe bajo el amparo de uno de los progenitores, conviviendo con él y dependiendo de éste de forma que al progenitor se le legitima para que, como gestor de los intereses de su hijo, pueda reclamar alimentos en su nombre”.¹⁸

A tal efecto, se considera que la convivencia “*supone el ánimo, el deseo de convivencia y la existencia de unidad familiar, a pesar de que, por determinadas circunstancias, como pudieran ser los estudios universitarios, temporalmente no se produzca. Es decir, convivencia familiar en sentido estricto del término con lo que ello supone para las personas que la integran, sin que la realización actividades fuera del domicilio por un tiempo determinado implique el cese de la convivencia, ni sea causa para suprimir el pago de la pensión*”, como recoge la SAP Alicante 9 de febrero del 2000, afirmando que el requisito de convivencia “*es susceptible de apreciación flexible, en la misma medida en que la realidad muestra que en muchos casos la convivencia cesa por razones de estudios, laborales o análogas sin que ello vaya en detrimento de la unidad de la economía familiar que constituye el fundamento último del precepto*”. Se presume en todos estos casos la intención de regresar al domicilio familiar por lo que no hay cese de la pensión de alimentos subsistiendo la dependencia del hijo.¹⁹

¹³ Así lo manifiesta LÁZARO PALAU, C. M.³ (*La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Aranzadi, Cizur menor, 2008, pp. 29 ss., p. 77) quien añade al respecto que con este requisito el legislador, presume «con buen criterio que la no convivencia de los hijos mayores o emancipados en el domicilio familiar equivale a la no dependencia económica de los mismos respecto de sus padres»

¹⁴ GALLARDO RODRÍGUEZ, A. “Límite temporal y causas de extinción de la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad en las crisis matrimoniales”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 24, 2019, ed. digital <https://www.laleydigital.laleynext.es>; ORDÁS ALONSO, M., *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho*, Barcelona, Bosch, 2017, p. 35.

¹⁵ *Vid.*, PÉREZ MARTÍN, A. J., *Tratado de Derecho de familia, I*, vol. 1, Lex Nova, Madrid, 2007, p. 556.

¹⁶ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *op. cit.*, p. 180.

¹⁷ ARENAS ABAD, E., “Reclamación de alimentos en favor de los hijos mayores de edad y emancipados. Revisión de su régimen jurídico. requisitos y extinción de la obligación legal”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 12, 2013, págs. 45 y 46; GALLARDO RODRÍGUEZ, A., “Límite temporal...”, *cit.*

¹⁸ V. MORENO VELASCO, “Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio”, *Diario La Ley*, junio, 2010, p. 2.

¹⁹ En este sentido se manifiesta A. GALLARDO RODRÍGUEZ, (“Límite temporal...”, *cit.* pp. 22 y ss.) manifestando al respecto que “la convivencia ha de entenderse “en el más estricto sentido del término”. Es decir, el progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad es el que se encarga de administrar la vida familiar”.

En este sentido se manifiesta la STS de 24 de abril de 2000, al disponer que: “(...) *No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93, párrafo 2 del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran*”.²⁰

Ahora bien, cuando el cambio de domicilio no se encuentre supeditado a la realización de alguna actividad temporal del hijo, sino que es permanente, ha de entenderse que la convivencia desaparece y ya no hay un progenitor custodio que administre sus alimentos. Se rompe entonces la vinculación entre el hijo mayor de edad y la unidad familiar, y ello a pesar de su posible necesidad de percibir alimentos de sus progenitores, lo que podrá ser objeto de reclamación en otro tipo de procedimiento independiente, frente a sus dos progenitores conforme al artículo 142 CC.²¹

Cosa distinta sería cuando es el progenitor custodio el que abandona el domicilio familiar y el hijo mayor de edad continua en el mismo, bien solo o en compañía de los abuelos, siendo dispar la jurisprudencia que mantiene a veces la pensión (SAP Valladolid 22 de febrero 2002) o la extingue (SAP Barcelona 25 de noviembre de 2003).

En conclusión, si el hijo mayor de edad no conviviera con ninguno de los progenitores, la pensión alimenticia debe abonarse por ambos, en proporción a su respectiva capacidad económica, sin que pueda mantenerse en los mismos términos que se acordó en el procedimiento de familia.²²

En definitiva, tal y como hemos expuesto con anterioridad, la realidad social nos demuestra que cada vez es más común que, llegado el momento, los jóvenes no abandonen el domicilio familiar por el mero hecho de haber alcanzado la mayoría de edad. Ello obedece a importantes problemas de desempleo y a la necesidad de completar su formación para poder aspirar a unas condiciones laborales considerables, que les obligan a convivir con sus padres hasta edades considerables. La situación descrita en el párrafo anterior provoca en ocasiones la denominada «lucha generacional», en la que el deber de respeto a los padres dentro del entorno familiar y a las normas de vida establecidas por estos, deben ser tenidos muy en cuenta a la hora de encontrar el punto de equilibrio entre la independencia y libertad personal del hijo, y las obligaciones que la convivencia familiar impone.

Llegados a este punto, conviene señalar que la deuda alimenticia no depende entonces sólo del rendimiento académico, como puede parecer de la lectura del artículo 142 CC, sino también de circunstancias sociales que se concretan en el respeto del entorno familiar.²³

²⁰STS de 24 de abril de 2000 (RJ 2000\3378).

²¹La jurisprudencia menor niega que exista convivencia familiar cuando el hijo, mayor de edad, “*reside habitualmente en otra ciudad excepto algún pequeño período de vacaciones que regresa al domicilio*”. Plantea este supuesto PÉREZ MARTÍN, A. J., *op. cit.*, p. 556), o bien cuando el hijo convive con otros familiares, en cuyo caso las sentencias de las Audiencias Provinciales no admiten reclamar alimentos en el procedimiento matrimonial porque no concurriría el presupuesto de la convivencia con el progenitor que reclama los alimentos (SAP de León de 8 de abril de 2009 señala que “*el requisito de la convivencia es esencial. Se considera insuficiente la dependencia económica del mayor de edad, atendida por lo abuelos con quienes convive y considera que la madre carece de legitimación para reclamar alimentos del hijo en procedimiento de divorcio, modificador de las medidas en su momento tomadas en separación*.”. Sentencia recogida en Díez Picazo-Giménez, G., *Memento Experto. Crisis matrimoniales*, VVAA. Coord. Roca Trías. E., Francis Lefebvre, 4^o Ed. 2019, pág. 87.

²² MARTÍNEZ DEL TORO, S., “La extinción de los alimentos a los menores por razón de la edad de estos”, *La Ley*, 2018, ed. digital, www.laleydigital.laleynext.es

²³*Cfr.* AGUILAR RUIZ, L., DS “El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar: Comentario a la STS de 23 febrero 2000 (RJ 2000\1169)”, *RDP*, n.º 6, 2001, p. 327; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T. “Libertad de los hijos y liberación de los padres. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000”, *Diario La Ley*, ed. digital www.diariolaley.laley.es.

En este marco en el que nos encontramos, doctrina y jurisprudencia coinciden en considerar que esta convivencia debe entenderse en el sentido más estricto de la palabra. Es decir, no basta con que se habite bajo el mismo techo, sino que es preciso una convivencia familiar en sentido estricto “*con lo que la misma comporta entre las personas que la integran*”²⁴. Tal convivencia no deja de existir por el mero traslado periódico del hijo a otra ciudad por motivos de estudio, toda vez que el nuevo domicilio tendrá carácter eventual, sin estabilidad alguna.²⁵

Si tal convivencia no tuviera lugar, entonces el hijo mayor de edad sería igualmente titular del derecho de alimentos, pero no por la vía del artículo 93.2 CC. En consecuencia, debería interponer la demanda de juicio verbal de alimentos contra ambos progenitores según determina el artículo 250.1. 8.º LEC²⁶. De ahí que se considere que el precepto estudiado no viene a reconocer un derecho de alimentos a parientes que hasta entonces carecían de él, sino que se trata, como ya manifesté en su momento²⁷, de una norma de tinte eminentemente procesal ya que no añade nada nuevo respecto de los alimentos de los hijos mayores de edad desde el punto de vista sustantivo.²⁸

B. Carencia de recursos propios por causas no imputables al mayor dependiente:

El hijo mayor de edad debe carecer de ingresos propios según manifiesta el artículo 93.2 CC., lo cual se corresponde con el estado de necesidad al que ya se ha hecho alusión. Es decir, el hijo, mayor de edad, debe depender económicamente del núcleo familiar de modo que la mayoría de edad civil no coincida con la mayoría económica, o lo que es lo mismo, con la plena independencia económica.²⁹ Ahora bien, este requisito no resulta excluido en cualquier supuesto en que el hijo mayor de edad realice algún tipo de actividad profesional. En efecto, el hecho de que este tenga una titulación profesional no siempre implica que no pueda percibir alimentos del progenitor, pues debe acreditarse o bien la percepción de ingresos o bien la falta de diligencia en el desarrollo de su carrera profesional. Así, es necesario estar a las propias circunstancias del caso concreto.³⁰

El Código Civil, al hablar de ingresos propios, más que a un patrimonio, se está refiriendo al hecho de haber accedido a un trabajo y percibir por éste una remuneración, o lo que es lo mismo, a la incorporación al mercado de trabajo. Así pues, no se hace referencia tanto a la ausencia absoluta de ingresos como al hecho de que éstos resulten insuficientes para cubrir sus necesidades básicas.

Hablamos aquí de la denominada incorporación al mercado laboral y no tanto al hecho de haberse incorporado al mismo como tal. En definitiva, “atender a las propias necesidades” no hace referencia a la capacidad subjetiva para ejercer una profesión u oficio, sino más bien a la posibilidad real y concreta, de acceso al trabajo, para lo cual habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso.³¹

²⁴ STS de 24 de abril de 2000 (RJ 2000\3378).

²⁵ Cfr., MONTERO AROCA, J., *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 93 del Código Civil)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 210 ss.

²⁶ Cfr., MORENO VELASCO, V., *op. cit.*, p. 2.

²⁷ MADRIÑÁN VÁZQUEZ M., *op. cit.*, pp. 251ª 271.

²⁸ Cfr., MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, p. 205. En este punto se ha considerado que teniendo en cuenta que el objetivo del art. 93.2 CC radica en legitimar para reclamar alimentos a quien normalmente no lo estaría, no se puede considerar que el precepto modifica los presupuestos sustantivos necesarios para el nacimiento del derecho de alimentos a favor del hijo mayor de edad, sino la posibilidad del juez de fijar el cumplimiento de la obligación en el proceso matrimonial (*vid.*, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia, 1999, p. 41; MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L. *op. cit.*, pp. 289 y 290).

²⁹ MORENO VELASCO, V., (*op. cit.*, p. 2) manifiesta al respecto que el “supuesto que genera el derecho a la pensión supone un mayor de edad que se encuentra en una situación asimilada a un menor, es decir, se encuentra o bien estudiando, o bien en los primeros trabajos cuya precariedad le impide una independencia económica”.

³⁰ *Vid.*, TENA PALAZUELO, I., *op. cit.*, p. 75. STS de 12 de julio de 2014 (RJ 2014\4583).

³¹ LÁZARO PALAU, C. M.ª, *op. cit.*, p. 78.

En estos términos se manifiesta la Audiencia Provincial de A Coruña, que en su sentencia de 26 de julio de 2019 rechaza la obligación de un padre, cuya economía era precaria, a pagar alimentos al hijo mayor de edad que ya había finalizado los estudios superiores de enfermería. Considera la Sala que, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 142 y siguientes CC, lo determinante de la obligación alimenticia en beneficio de los hijos mayores de edad, es la carencia de ingresos propios suficientes del reclamante para atender a sus necesidades básicas. Así, y siguiendo la jurisprudencia del Supremo, en el caso de los hijos mayores de edad los alimentos se prestarán proporcionalmente *"al caudal de quien los da y a las necesidades de quien lo recibe"*.

Constatada la situación económica de las partes, el punto más controvertido lo constituye la cuestión relativa a las necesidades para continuar con los estudios. En este caso, la realización de un Máster universitario. Para ello, la audiencia parte de lo dispuesto por el TS en torno a la prestación de alimentos cuando los hijos prolongan sus estudios más allá de la mayoría de edad y aplica el art. 152.3 CC relativo a los límites del derecho. Finalmente, concluye la Audiencia que en este caso el hijo no tiene derecho a los alimentos que reclama porque se había acreditado que estaba en condiciones reales de poder ejercer la profesión (en este caso enfermería), pues ya había accedido al mercado laboral. La prolongación de sus estudios superiores lo fueron por su propia voluntad.³²

En conclusión, se requiere que el hijo pueda haber accedido al mercado laboral sin perjuicio de que tal acceso haya sido o no efectivo, lo cual ha de interpretarse atendiendo a la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada (art. 3.2 CC), que sin duda en la actualidad dificultará enormemente la existencia de esa posibilidad concreta y eficaz.³³

En todo caso, tal como se ha manifestado, el estado de necesidad o de precariedad económica no puede deberse jamás a causas imputables al beneficiario, hijo mayor dependiente. De lo contrario, cesaría la obligación de los padres a prestar tales alimentos.³⁴ Este requisito se corresponde con el estado de necesidad del alimentista que no puede, en modo alguno, deberse a una conducta negligente del alimentista, ya que el legislador determina que, si la mala conducta fuera imputable a éste, entonces cesaría la obligación de alimentos.

En este sentido, resulta interesante traer a colación la STS de 1 de marzo de 2001³⁵, que, tras indicar que la obligación de alimentos requiere la existencia de dos partes, *"una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda"*; y tras considerar que las normas deben interpretarse atendiendo a la realidad social vigente, según estipula el art. 3.1 TC, el TS no duda en considerar que no hay base suficiente para que siga vigente la obligación alimenticia y opta por desestimar el recurso de casación interpuesto por las hijas mayores frente a su padre contra la sentencia de apelación que declaraba extinguida la obligación de este de prestar alimentos a aquellas. En la citada sentencia se dice que dos personas que han obtenido una licenciatura (una de las hijas era licenciada en Derecho y la otra en Farmacia), plenamente capaces mental y físicamente y que superan los treinta años *"... no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un "parasitismo social"*.

³² SAP de A Coruña de 26 de julio de 2019 (RJA, núm. 282)

³³ Cfr., MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pp. 216 ss.; AGUILAR RUÍZ, *op. cit.*, p. 332. M.^a DE LA IGLESIA MONJE "Limitación...", *cit.*, pp. 769. Al respecto la STS de 5 de noviembre de 1984 (RJ 1984/5367) manifiesta literalmente que *"para que cese la obligación de prestación alimenticia, es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva"*.

³⁴ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a T. "El *"favor progenitoris"* en relación con los hijos mayores de edad", *Revista Doctrinal Civil-Mercantil Aranzadi*, núm. 7, 2001, ed. digital

³⁵ STS de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001\2562).

3. LÍMITE TEMPORAL DEL DERECHO DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

Los alimentos a los hijos mayores no pueden prolongarse en el tiempo de modo indefinido condicionando su mantenimiento al hecho de que el hijo no hubiera finalizado sus estudios por causas que no lo fueran imputables.³⁶

Procedemos pues a cuestionarnos en el presente epígrafe hasta qué momento pesa sobre los padres la obligación de alimentar a sus hijos una vez que estos hayan alcanzado la mayoría de edad. Nos encontramos ante una pregunta que constantemente se hacen tanto la doctrina como la jurisprudencia y respecto de la cual la ley no da una respuesta. Así las cosas, y dado el vacío legal existente al respecto, la respuesta debe buscarse en las sentencias que, ha lo largo de los años, ha ido dictando nuestro Tribunal Supremo, de entre las cuales, partiendo de que no existe una edad objetivable, hemos de decir que podemos encontrarnos pronunciamientos diversos,³⁷

Con carácter general podemos adelantar que para establecer cuál debe ser ese límite temporal, la ley no exige que el hijo mayor de edad tenga una estabilidad laboral definitiva que nos lleve a considerar que ha alcanzado su independencia económica, sino que lo decisivo es que el empleo que ostente no tenga un carácter esporádico. Además, la falta de recursos propios no puede obedecer a causas que sean imputables al hijo, de suerte que hagan prolongar de modo innecesario su etapa de formación por el bajo rendimiento académico, todo lo cual provocaría, sin duda gastos innecesarios.³⁸ Todo lo cual viene previsto por el Código Civil como una de las causas de extinción art. 152.

En estos términos se manifiesta la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo el 10 de diciembre de 2019, que resuelve el caso de una joven que solicita a través de su madre que le sea prorrogada la pensión de alimentos que se había declarado extinguida por el juzgado de Primera Instancia. El juez consideró que la beneficiaria de la pensión alimenticia estaba ya incorporada al mercado laboral y por ende podía sufragar sus propias necesidades. Se cuestiona aquí si en un supuesto como este, en el que la hija del obligado a pagar alimentos tenía un contrato de trabajo temporal por el que cobraría 400 euros mensuales y que estaba realizando un curso de posgrado que consumía su nómina, podía seguir percibiendo alimentos. La Sala confirma la sentencia de instancia en cuanto a la declaración de extinción de la pensión. Concluye, por una parte, que en realidad no se trata de un curso que esté realizando efectivamente, sino que con la documentación que aporta (que no incluye transferencia bancaria o carta de pago) se trata más bien de un curso en el que estaría interesada. Y por otro, que se trata de un deseo muy saludable de complementar su formación y perfeccionarla, pero ello no debe suponer que el curso tenga que ser sufragado por sus progenitores, ni tampoco le excusa de aprovechar la oportunidad de seguir trabajando.³⁹

La conveniencia de establecer un límite temporal que impida que los alimentos debidos a los hijos mayores se dé de por vida responde, según considera la profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO “a un intento de defender el *favor progenitoris* frente al *favor filii*” y, además, añade la autora, con tal limitación se crea una motivación en el beneficiario de los alimentos para conseguir un estatus económico independiente”⁴⁰

Cierto sector doctrinal ha considerado necesario establecer *a priori* un límite temporal, es decir acotar la pensión alimenticia con anterioridad dada la presunción de que, en un periodo de tiempo prudencial, los hijos, mayores, finalizarán sus estudios y se encontrarán capacitados para satisfacer sus necesidades. En la misma línea se han

³⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*, p. 968.

³⁷ GALLARDO RODRÍGUEZ A., *op. cit.*

³⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., “El favor progenitoris...”, *cit.*

³⁹ SAP de Asturias de 1º de diciembre de 2019 (RJA núm., 415)

⁴⁰ *Cfr.*, «El favor progenitoris...», *cit.*: «La temporalidad de los alimentos...», *cit.*, p. 26.

manifestado numerosas resoluciones judiciales por considerar que dicho límite tal vez favorezca o estimule la incorporación del alimentista al mundo laboral.

Favorables al establecimiento *ab initio* de la temporalidad, numerosas sentencias de jurisprudencia menor han establecido como límite temporal de la pensión el haber cumplido la edad de 26 años, sin necesidad de acreditar ningún otro fundamento que justifique tal limitación⁴¹.

En contra de esta postura, coincidimos con la profesora GALLARDO por considerar, al igual que lo manifestó ella, que establecer *a priori*, como único requisito una edad máxima a partir de la cual se considera que el hijo mayor de edad dejaría de recibir alimentos implicaría dejar de considerar otros factores de índole social o económico que podrían hacer variar su situación lo cual, sin duda, también podrían afectar a la necesidad o no de percibir una pensión alimenticia.⁴²

En contra de exigir establecer *ab initio* la limitación temporal, debe añadirse además el hecho de que actualmente, el juzgador, consciente de lo difícil de la situación y de la necesidad de tener una mayor preparación, más allá de la mera licenciatura, en aras a la consecución de una situación laboral estable, no tiene reparo alguno en dilatar en ocasiones la prestación alimenticia pese a haber finalizado sus estudios el beneficiario y haber rechazado una determinada oferta de trabajo. Es por ello por lo que el hecho de que el hijo mayor se manifieste a favor de continuar su formación, pese a ostentar una titulación, no debe suponer siempre la supresión de los alimentos por cuanto busca su posibilidad de obtener un buen trabajo. Es decir, parece que lo decisivo es que el empleo no sea esporádico. Nuevamente queda patente la necesidad de estar a las circunstancias concretas de cada caso a la hora de fijar un plazo prudencial.⁴³

Esta segunda postura, más acertada a mi entender y más acorde con la realidad social en la que nos encontramos, aboga por la ausencia de un término apriorístico. Se fundamenta esta corriente en el hecho de que la pensión de alimentos depende de elementos varios que quizás no se den *a priori* pero que es preciso tener en cuenta sin que por ello se esté atentando contra su carácter condicional y temporal. Así, los límites de los alimentos en este caso vendrán dados, no por fechas determinadas, sino por las circunstancias que rodeen en cada momento al caso concreto.

Por tanto, la autonomía económica no es el único factor decisivo ni determinante, ya que en ocasiones resulta incuestionable la necesaria ayuda de los padres los meses posteriores a que el hijo haya finalizado sus estudios, o bien es precisa dicha ayuda para que los hijos prolonguen sus estudios de cara a conseguir una mayor preparación o un buen futuro. Asimismo, cada vez son más frecuentes las situaciones en que los hijos, habiendo aprovechado al máximo su etapa de formación, no tienen éxito en su incorporación al mundo laboral⁴⁴. Por todo ello, consideramos poco apropiado fijar de antemano una limitación temporal de la pensión de alimentos, lo cual, insistimos, no se puede confundir con una pensión atemporal.

Esta postura, más flexible sin duda que la anterior, ha sido adoptada en los últimos años por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que opta por no aludir a edades concretas para poner fin a la prestación alimenticia. Dicha flexibilidad resulta materializada en la sentencia de 21 de septiembre de 2016, en virtud de la cual: “*La ley no establece ningún límite de edad y, de ahí, que el casuismo a la hora de ofrecer respuestas sea amplio en nuestro*

⁴¹ Cfr. SAP de Palencia, de 24 de marzo de 1998 (AC 1998\546), “*es un hecho socialmente admitido que las personas a la edad de 26 años suelen haber terminado sus estudios, y están en condiciones de acceder al mercado de trabajo, por lo que no parece oportuno que más allá de esta edad se mantengan estas pensiones, como si de una carga familiar se tratara, pareciendo razonable que, caso de persistir esta situación de que la hija siga careciendo de recursos económicos propios, la pensión por alimentos señalada en su favor dentro de este procedimiento de separación se prolongue hasta que la misma cumpla los 26 años de edad, fecha a partir de la cual, si la situación de falta de recursos económicos persiste, tendrá que ser la hija la que acuda al procedimiento legalmente previsto en reclamación de los alimentos que se estimen oportunos*”; SAP de Guipúzcoa de 11 de mayo de 1998 (AC 1998/967). En términos semejantes se manifiesta la SAP Guipúzcoa, de 4 de mayo de 1999 (AC 1999/776), pero fija la edad límite en 23 años.

⁴² GALLARDO RODRÍGUEZ, A., *op. cit.* La autora deja constancia del reflejo legislativo que, de modo parcial, ha tenido esta postura en el Derecho foral aragonés, donde el artículo 69 del Código de Derecho foral de Aragón dispone que la obligación de abonar los gastos de crianza y educación se extinguen al cumplir los 26 años, salvo que por pacto o decisión judicial se hubiera fijado una edad distinta.

⁴³ LÁZARO PALAU, C. M., *op. cit.*, p. 78.

⁴⁴ *Vid.* en este sentido, LÁZARO PALAU, C. M., *op. cit.*, pp. 75 y 76.

Tribunal, en atención a las circunstancias del caso y las socioeconómicas del momento temporal en que se postulan los alimentos.⁴⁵

Así las cosas, si bien en ciertos supuestos existen datos que permitirían justificar la extinción de la pensión de alimentos, los tribunales, no vienen aplicando un criterio mecanicista al respecto, sino que optan por analizar el caso concreto valorando pormenorizadamente las circunstancias del alimentante y el alimentista poniendo en valor el interés más digno de protección.

El Tribunal Supremo, consciente de la posibilidad de caer en una postura excesivamente abstracta o indeterminada con la solución apuntada en la sentencia de septiembre de 2016, optó por otorgar un plazo adicional para que el hijo mayor ponga remedio a una situación que *a priori* daría lugar a la extinción de la obligación, como es el caso de la falta de aplicación al trabajo. A tal efecto, el Tribunal “ *fija un límite temporal de un año para la continuidad en la percepción de alimentos, entendiendo que ese es un plazo razonable para adaptarse el hijo a su nueva situación económica habida cuenta que su nulo rendimiento académico le hace acreedor a la extinción próxima de la pensión, de acuerdo con el art. 152.5 del C. Civil*”.⁴⁶

En definitiva, en materia de alimentos no rigen reglas genéricas de aplicación, sino que habrá que estar al caso concreto y a las circunstancias que concurren en cada supuesto para dar solución a las controversias que se plantean. Para concluir, una vez más coincidimos con la profesora GALLARDO al defender la conveniencia de atender, no sólo a la edad del hijo sino también, según el caso concreto, tanto a la realidad socioeconómica del país como a la actitud del hijo poniendo ambos factores en relación a la determinación de la obligación alimentaria. Todo ello, acompañado del cumplimiento del principio de buena fe por parte del hijo, entendiendo por tal el mantener una “actitud proactiva destinada a no cesar en la búsqueda de empleo o en mejorar su formación con el fin de mejorar su situación económica y, por tanto, que se pueda desprender una intencionalidad positiva por su parte”. Es decir, resulta preciso que el hijo mayor de edad sea consciente y entienda que la pensión que recibe no tiene carácter vitalicio e indefinido, sino que se fija en atención a una situación de necesidad que debe ser superada mediante su propio esfuerzo y dedicación.⁴⁷

4. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

Las causas de extinción de la obligación alimenticia de los hijos mayores de edad se encuentran reguladas en nuestro Código Civil en los artículos 150 y 152, siendo algunas de las contenidas en el segundo precepto, objeto de una interpretación extensiva por parte de las resoluciones del Tribunal Supremo en atención a los requisitos de dicha obligación y a la realidad social y económica de nuestro país.

De todas ellas, prestaremos especial atención a la causa jurisprudencial relativa a la falta de relación entre el progenitor y el hijo mayor de edad, por lo novedoso de la sentencia que viene a admitirla y las consecuencias de dicha admisión.

4.1 Causas comunes en torno a la extinción de la pensión de alimentos

El hecho de que los hijos hayan cumplido los 18 años no supone automáticamente la extinción de la obligación, ya que como apunta el art. 142 CC y como ya se ha expresado *supra*, esta subsiste mientras el hijo no alcance la independencia económica.

⁴⁵ STS de 21 de septiembre de 2016, (RJ 2016\4443).

⁴⁶ STS de 14 de febrero de 2019, (RJ 2019\562).

⁴⁷ GALLARDO RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*

Es sabido ya que, con carácter general, los alimentos pueden extinguirse, por las causas previstas en los artículos 150 y 152 del CC y que pasamos a enumerar:⁴⁸

a) Por muerte del obligado o del alimentista. Esta causa de extinción resulta obvia dado que los alimentos son una obligación de carácter *intuitu personae*, de modo que difícilmente podríamos plantearnos la nula posibilidad de que sea transmitida a los herederos del deudor, quienes en modo alguno adquieren *mortis causa* la obligación de seguir pagando la pensión alimenticia satisfecha en vida por el *de cuius*. Asimismo, ninguna duda ofrece esta extinción cuando la causa que la genera es la muerte del alimentado. En efecto, muerto este desaparece la necesidad que en su momento generó el nacimiento de la deuda alimenticia.

b) En segundo lugar, el Código Civil prevé que esta obligación alimenticia, a diferencia de lo que ocurre con los alimentos debidos a los hijos menores de edad, se extingue cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiese reducido hasta tal punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. En efecto, a diferencia de los alimentos debidos a los hijos menores de edad, la obligación alimenticia que estamos tratando se encuentra en el marco de alimentos entre parientes, regulado por los artículos 142 y siguientes del CC de modo que estos se conciben de modo restrictivo y, en consecuencia, obligan solo en cuanto las necesidades alimenticias resulten indispensables, disminuyendo el grado de obligación del alimentante.⁴⁹

El empobrecimiento al que nos referimos en este punto debe ser de entidad suficiente y relevante, sin que se trate de una situación puntual; asimismo debe ser motivado por una causa ajena al obligado al pago. El Código Civil alude aquí a supuestos de precariedad de situación económica del progenitor alimentante.⁵⁰

En ocasiones podría ocurrir que los recursos económicos del alimentante sufran altibajos, de suerte que su peor fortuna podría ser de carácter temporal, todo lo cual comporta que resulte verdaderamente controvertido concretar cómo debe ser su situación económica para que se pueda decretar la extinción de la obligación de alimentos. En este sentido, huelga citar la STS de 19 de enero de 2015 que, partiendo de la peor fortuna del alimentante, dejó sin efecto la obligación de alimentos que pesaba sobre el mismo al probarse su situación de desempleo. A tal efecto se acreditó que el padre (alimentante), tras largos períodos de desempleo y pese a haber enviado un gran número de currículos, no había podido obtener un empleo estable encontrándose en la actualidad sin ningún tipo de trabajo, de modo que el Tribunal consideró que aquel no podía satisfacer la pensión alimenticia sin desatender sus propias necesidades.⁵¹

c) También se puede extinguir la obligación de alimentos según el art. 152.3 CC, cuando el alimentista pueda ejercer un oficio profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia. Quiere ello decir que el alimentista o bien ha alcanzado, o se encuentra en condiciones de alcanzar la mayoría económica. Esto ocurre en los supuestos en los que el alimentista puede realizar un trabajo retribuido, cuando el hijo mayor de edad percibe recursos económicos por ejercer un oficio o cuando abandona el hogar familiar a fin de tener una vida independiente.⁵²

En relación con la posibilidad de ejercer un trabajo retribuido, el TS viene considerando que resulta necesario que ese ejercicio sea una posibilidad concreta y eficaz

⁴⁸ Sobre este tema *vid.*, RINCÓN ANDREU, G., “Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores de edad”, *Diario La Ley*, marzo, 2018, ed. digital www.diariolaley.laley.es.

⁴⁹ En orden a esta distinción traemos a colación la STS de 2 de diciembre de 2015 (RJ 2015\5327) que en orden a manifestarse en torno al alcance del tan discutido “mínimo vital”, dispone que los alimentos a los hijos menores de edad se presten de acuerdo a “*las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento*”, mientras que los alimentos de los hijos mayores de edad serán establecidos en proporción “*al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*”, tal como dispone el artículo 146 CC.

⁵⁰ MARTÍNEZ DEL TORO, S., *op. cit.*

⁵¹ STS de 19 de enero de 2015 (RJ 2015\447).

⁵² RINCÓN ANDREU, G., *op. cit.*, ed. digital.

según las circunstancias y no una simple capacidad subjetiva, es decir, no basta la posibilidad teórica de ejercer un oficio, sino que debe tratarse de una posibilidad concreta y efectiva.⁵³

Así pues, en principio parece que no debería haber problema en incluir dentro de esta causa de extinción esos supuestos en los que el hijo mayor ha finalizado sus estudios y tiene posibilidad de acceder al mercado laboral. Sin embargo, existen voces en nuestra doctrina que entienden, no sin razón, que lo dicho en los párrafos anteriores nada tiene que ver con el hecho de que el hijo mayor hubiera finalizado sus estudios, pues dada la realidad laboral actual, esto no es garantía de una independencia económica.⁵⁴ Por lo tanto, el hijo mayor que haya finalizado sus estudios y, pese a dedicarse activamente a la búsqueda de un empleo no lo encuentre, tendrá derecho a una pensión alimenticia. Ahora bien, en estos casos es común que se proceda a la reducción de la pensión o bien su limitación temporal para así fomentar la búsqueda de empleo por parte del alimentista.

Se trata con esta causa de evitar el parasitismo social y a tal efecto traemos a colación la STS de 1 de marzo de 2001 que denegó la pensión de alimentos a dos hermanas que habían finalizado ya sus carreras por entender que estas, ya graduadas y con plena capacidad física y mental no se encuentran en una situación de necesidad que les haga merecedoras de una pensión alimenticia.⁵⁵

La “mejora de fortuna” del alimentista también puede producirse de forma fortuita y desligada del desempeño de una labor profesional, bien por ser beneficiario de una herencia, o haber sido premiado en juegos de azar o cualquier otra circunstancia. Ello es lógico pues la ayuda que percibía el alimentista carece de fundamento desde el momento en que desaparece la necesidad que la generó.⁵⁶

d) Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.

Se pretende con esta causa de extinción evitar que una persona se vea legalmente obligada a prestar alimentos a quien ha tenido con ella una conducta reprochable socialmente. Ahora bien, las causas de desheredación son de interpretación restrictiva, toda vez que son limitativas de derechos. Así pues, la desheredación como causa de extinción de la pensión alimenticia debe estar debidamente acreditada.⁵⁷

Incluida en este apartado huelga destacar la negativa de la pensión de alimentos en base al distanciamiento paternofamiliar cuando este es imputable al alimentista. En relación a este punto, el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación muy flexible de la causa de desheredación por maltrato de obra, previsto en el artículo 853 CC; y ha optado por incluir como tal la ausencia absoluta de relación entre el padre e hijo, permitiendo así, por la vía del artículo 152 del CC, la extinción de la pensión de alimentos para los hijos mayores de edad.⁵⁸ Por la importancia de la sentencia que ha procedido en dicha línea, y la novedad de considerar esta ausencia de relación entre progenitor e hijo, mayor de edad una causa de desheredación por maltrato psicológico, resulta ciertamente conveniente tratarlo en un apartado independiente que procederemos a analizar más adelante.⁵⁹

e) El Código Civil regula específicamente en su art. 152.5 la extinción de la obligación alimenticia en el supuesto que “el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esa causa”

⁵³ La STS de 5 de noviembre de 1984 (RJ 1984\5367) que establece que: “para que cese la obligación de prestación alimenticia, es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva”.

⁵⁴ *Cfr.*, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, editado por Tirant lo Blanch y la Universidad de Valencia, Valencia, 1999, p. 145.

⁵⁵ STS de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001\2562).

⁵⁶ *Vid.*, CABEZUELO ARENAS, A., “La obligación de alimentos como obligación familiar básica”, *Tratado de Derecho de la Familia*, Volumen I, Aranzadi, 2015, p.57.

⁵⁷ RINCÓN ANDREU, G., *op. cit.*, ed. digital.

⁵⁸ *Vid.*, STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019\497).

⁵⁹ RINCÓN ANDREU, G., *op. cit.*, ed. digital, tacha de exquisita la labor hermenéutica realizada al respecto por el Alto Tribunal.

Esta causa debe ser puesta en conexión con el art. 142.2 CC por cuanto dispone que derecho de alimentos en lo que comprende a la educación e instrucción solo persistirá, aun cuando el hijo fuese mayor de edad cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, y así lo hemos manifestado en páginas anteriores, que *“los alimentos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcanzan la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo”*.⁶⁰

La causa descrita en este apartado ha sido desarrollada de forma extensiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo quien viene asimilando la falta de aplicación al trabajo a la falta de rendimiento académico destacando al respecto la sentencia de 22 de junio de 2017, que trata el problema de los denominados “ni-nis” y opta por excluirlos del derecho a percibir alimentos de sus padres por considerar que la no finalización de sus estudios, así como su actitud pasiva para no buscar empleo ni formarse lleva a considerar que no tiene voluntad por mejorar su situación económica de forma deliberada. De lo contrario se estaría favoreciendo una actitud de pasividad del alimentista.⁶¹

En todo caso, como ya se ha manifestado, resulta preciso examinar la situación de los jóvenes que no trabajan caso por caso pues en otras resoluciones este hecho no ha sido considerado causa de extinción por considerar que no hay una falta de aplicación al trabajo. Nos referimos a la situación que viven muchos jóvenes que, pese a que están formados, no tienen acceso al mercado laboral por razones derivadas de la crisis.⁶²

4.2 Falta de relación entre el progenitor y el hijo mayor de edad

Al hilo del epígrafe que aquí presento, resulta ciertamente interesante analizar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 19 de febrero de 2019⁶³, cuyo carácter novedoso abre las puertas a la posibilidad, no prevista por la norma, de extinguir la pensión alimenticia fijada en un proceso de familia al hijo mayor de edad por falta de relación continuada entre el progenitor y el hijo, siempre que dicha ausencia de relación fuera atribuible a este último.

Hace ya algunos años que ronda en nuestra jurisprudencia una causa de extinción de la obligación alimenticia que busca reparar en la medida de lo posible la falta de afecto de los hijos mayores de edad hacia sus progenitores, de suerte que se inste la supresión de los alimentos en los casos en que los hijos se nieguen a relacionarse con aquellos que deben abonar sus pensiones. A este respecto, la profesora CABEZUELO ARENAS entiende que las probabilidades de que prospere una acción encaminada a la extinción de alimentos por esta ausencia de relación resultan verdaderamente complicadas y a ello llega tras analizar la trayectoria seguida, tanto por el Tribunal de Justicia catalán como el Tribunal Supremo al “abordar, respectivamente, los contornos y derivaciones de la ausencia de relación familiar y el maltrato psicológico”. La dificultad radica, según expone la autora, en la exigencia de que medie prueba sobre la exclusiva imputabilidad del alimentista en ese corte afectivo y en el hecho de que nuestro Código Civil haya configurado esta patología como una modalidad de maltrato del art. 853.2 y no como una causa de desheredación propiamente dicha.⁶⁴

El asunto sobre el que se pronuncia la mencionada sentencia se suscita en torno a la petición de un padre que solicitaba al Juzgado la extinción de la pensión de alimentos de sus dos hijos mayores de edad, con causa en la disminución de su capacidad económica, por falta de aprovechamiento en los estudios de los hijos y por la nula relación personal existente entre ellos.

⁶⁰ *Vid.*, SSTS de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009\3) y 10 de octubre de 2014 (RJ 2014\487).

⁶¹ GALLARDO RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*

⁶² STS de 21 de noviembre de 2014 (RJ 2015,6567)

⁶³ STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 497)

⁶⁴ *Cfr.*, CABEZUELO ARENAS, A.L., “La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 49, 2019, ed. digital.

La sentencia dictada por el juzgado de primera instancia descarta tanto la variación sufrida en la solvencia económica del progenitor no custodio, como la falta de aprovechamiento en los estudios por parte de los hijos. Sin embargo, viene a admitir como causa de extinción de la obligación alimenticia el total desapego de estos con su padre, con el que ni hablan ni ven desde hace años, incluso no muestran interés alguno en hacerlo.

Literalmente la sentencia razona lo siguiente: *"La nula relación personal de los alimentados con el alimentante y la absoluta desafección entre los hijos y el padre que se expone como tercera causa para el cese del deber de prestar alimentos ha de recibir un tratamiento distinto al de los dos motivos anteriores ya que si bien es cierto que la ausencia de relaciones paternofiliales no se contempla expresamente como motivo tasado en el art. 152 del Código Civil ni en otro precepto para dar por extinguida la obligación alimenticia, no lo es menos que las "circunstancias" a las que se refieren los arts. 90 y 91 del Código Civil y el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden ser diversas y de distinta naturaleza, sin que de ningún modo constituyan "númerus clausus".*

Así las cosas, y resultando acreditado *"el total desapego hacia el padre que exteriorizan los hijos y que han manifestado sin ambages al ser interrogados en calidad de testigos"*, continúa la sentencia: *"Abstracción hecha de si la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación es achacable al padre o a los hijos, aspecto éste que es irrelevante en este momento dada la mayoría de edad de éstos, ha de tenerse presente que aunque los padres tienen una obligación moral con sus hijos para ayudarles a lo largo de su vida como estimen conveniente, dicho deber queda constreñido al ámbito de la conciencia y la ética de cada persona, siendo, en todo caso, recíproca para los ascendientes y descendientes la obligación de darse alimentos en toda la extensión si se impusiera judicialmente al amparo de lo previsto en el art. 143 del Código Civil . Por ello, siendo la negativa a relacionarse con el padre una decisión libre que parte de los hijos mayores de edad y habiéndose consolidado tal situación de hecho en virtud de la cual el padre ha de asumir el pago de unos alimentos sin frecuentar el trato con los beneficiarios ni conocer la evolución de sus estudios, se considera impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas por cuanto que se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas".*

"En definitiva, la mayoría de edad de los hijos y su manifiesto y continuado rechazo a su padre puede y debe calificarse como una alteración de las circunstancias de verdadera trascendencia por sus repercusiones en el ámbito personal de los implicados, siendo además una situación duradera y no coyuntural) o transitoria, que puede ser imputable a los alimentistas, sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades, y que ha acaecido con posterioridad al momento en que se adoptó la medida cuya modificación se pretende."

Interpuesto recurso de apelación por la madre, la Audiencia Provincial de Madrid confirma íntegramente el anterior pronunciamiento en su sentencia de 23 de enero de 2018 alegando al respecto que:

"En el presente caso de autos dada la mayoría de edad de los hijos, dada la nula relación afectiva, continuada y consolidada en el tiempo entre el progenitor no custodio y los hijos; la negativa de éstos de relacionarse con su padre como así pusieron de manifiesto, decisión libre, querida y voluntaria; todo ello debe considerarse como una alteración y modificación sustancial de las circunstancias y de verdadera repercusión al ámbito personal de los implicados y de carácter permanente, que justifica que dentro del procedimiento matrimonial se deje sin efecto el deber de contribución del progenitor no custodio, al amparo del artículo 91 in fine en relación con los artículos 93 , 152 del Código Civil y extensible al apartado 4 de dicho artículo".

Interpuesto recurso de casación, este es admitido por el Tribunal Supremo, que considera que la negativa de los hijos mayores de edad a relacionarse con el progenitor alimentante es causa de extinción de la pensión alimenticia habida cuenta que, a diferencia de los alimentos debidos a los hijos menores, respecto de los cuales más que una deuda alimenticia *"lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación"*; *"los alimentos de los hijos mayores de edad, se basan en el principio de solidaridad familiar (artículo 39.1*

de la Constitución), debiendo ser interpretadas las normas atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, conforme dispone el artículo 3.1 del Código Civil”.

La sentencia desarrollada *supra* viene a dar solución a un supuesto muy común en nuestra sociedad que es resolver la posibilidad de extinguir la obligación de alimentos del progenitor frente al hijo mayor de edad que se niega a mantener relaciones físicas con él. Para ello, el Tribunal Supremo en una interpretación flexible de la desheredación por maltrato de obra, en la que incluye la ausencia total de relación entre el padre e hijo, permite, por la vía del artículo 152.4 del CC, la extinción de la pensión de alimentos para los hijos mayores de edad.

Así las cosas, el Tribunal Supremo, partiendo del principio de solidaridad familiar que impera en las prestaciones alimenticias, admite una interpretación flexible en cuanto a la extinción de la pensión de alimentos, conforme a la realidad social, en tanto el legislador no aborde una reforma legislativa para su positivización, siendo así admisible aplicar las causas de desheredación a la extinción de la pensión alimenticia.⁶⁵

Pese a tales afirmaciones, la sentencia de febrero de 2019, cuya labor interpretativa está inspirada fundamentalmente en el Derecho catalán, casa la de la Audiencia por considerar que no se ha podido demostrar que la ruptura de relaciones fuera propiciada por voluntad de los hijos. En definitiva, no encuentra razón para sancionarlos con la pérdida de los alimentos, ya que no les puede responsabilizar en exclusiva de ese conflicto paterno-filial, conectando las causas de desheredación con las del cese de la obligación alimenticia.

*A) Principales dificultades a la hora de admitir la ausencia de relación paterno-filial como causa de extinción de los alimentos.*⁶⁶

Hemos apuntado ya con anterioridad que dos son las dificultades fundamentales para admitir esta causa de extinción, a saber: la no inclusión de dicha ausencia dentro de los supuestos de desheredación y la necesidad de que la no relación sea imputable al hijo, lo cual debe probar el progenitor.

Respecto de la primera, la Sala afirma que si concurren las causas previstas para la desheredación en el artículo 152.4, en relación con el 853.2 del Código Civil, sí es posible extinguir la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad. En caso contrario, indica el Tribunal Supremo que resulta preciso acudir a una interpretación flexible de los motivos de desheredación, todo lo cual ya ha realizado Cataluña al incluir en el art. 451-17 de su Código Civil, como causa de desheredación, “la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”.

Hoy en día nuestro Código Civil no ha procedido a dicha actualización y no contiene una norma que se manifieste en el mismo sentido que la norma catalana. Así las cosas, el Alto Tribunal, lejos de suplir una carencia legislativa, viene a interpretar, en el ejercicio de la función que le es atribuida⁶⁷, la ley vigente en el contexto de la realidad del tiempo en que debe ser aplicada. A tal efecto, lleva a cabo una interpretación flexible del art. 853.2 CC, y opta por incluir entre las causas de extinción de la obligación de alimentos a los hijos mayores de edad la falta de relación continuada y manifiesta entre el padre y el hijo, siempre y cuando dicha falta sea imputable a este. Fundamenta su decisión el Alto Tribunal en la necesidad de

⁶⁵ “Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero”, *Actualidad Civil*, núm. 6, Junio, 2019, edic. digital, www.....

⁶⁶ CABEZUELO ARENAS, A.L., “La supresión...”, *cit.*

⁶⁷ Art. 1.6 CC: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.
R.E.D.S. núm. 17, Julio-Diciembre 2020

modernizar las causas de desheredación y su deseo de adaptarlas a las nuevas estructuras familiares y sociales.⁶⁸

Así, a partir de la mencionada sentencia se podrá declarar la extinción de la obligación de alimentos ante la ausencia continuada de relación familiar, relevante e intensa, entre el padre que sea alimentante y el hijo que sea alimentista por motivos imputables principal y exclusivamente al segundo.

La Tesis del Tribunal Supremo se basa en lo dispuesto por el art. 415-17 del Código Civil catalán, que sí incluye como causa de desheredación: “la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”.

En conclusión, el Tribunal Supremo ha optado por elevar el distanciamiento paternofilial que sea imputable al hijo a rango de maltrato psicológico que sí está previsto como una causa de desheredación del art. 853.2. La sentencia abre así una nueva posibilidad para la extinción de la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad cuando concurren las causas de desheredación, adaptando nuevamente las resoluciones judiciales a la realidad social, ante la falta de respuesta expresa por el legislador, si bien todo ello condicionado a que quede probado que la falta de relación manifiesta entre padres e hijos, lo es, de modo principal y relevante e imputable, a los hijos.

Respecto de la segunda dificultad, la Sala se manifiesta favorable a la posibilidad de extinguir los alimentos siempre y cuando resulte acreditado que la negativa a mantener relaciones con el progenitor haya sido libre y voluntaria de los alimentistas.

En concreto, dispone la sentencia que: “*Si la causa es una de las previstas para la desheredación no cabe la menor duda de que así sea, por aplicación del art. 152.4º CC, en relación con el art. 853.2ª CC*”. Pero, indicando que la interpretación, ha de ser restrictiva y la prueba rigurosa, ya que, “*para apreciar esa causa de extinción de la pensión ha de aparecer probado que la falta de relación manifiesta entre el padre e hijos, sobre la que no existe duda, era, de modo principal y relevante, imputable a estos*” y, en este caso, “*esa falta de relación no es imputable a los hijos, con la caracterización de principal, relevante e intensa*” que se requiere. Sin embargo, el recurso fue admitido porque el cese de esta obligación se decretó sin que se probara la culpabilidad de los alimentistas en el distanciamiento paterno filial.

El Tribunal Supremo, impone así una rigurosa carga de la prueba al actor, quien no sólo deberá probar la ausencia de relación entre el hijo mayor de edad y el progenitor alimentante, sino que también deberá acreditar que la ausencia es manifiesta y prolongada en el tiempo y que esta es imputable al hijo alimentista. Sin duda esta carga probatoria va a dificultar en gran medida la posibilidad de que la falta de trato entre hijo y progenitor prospere como causa de extinción de la obligación alimenticia.⁶⁹

En conclusión, tras el examen de las causas de desheredación en relación con el maltrato, sobre el concepto de los alimentos cuando se trata de hijos mayores de edad y sobre posibilidad de integración del derecho común con la norma del Código civil Catalán, concluye que sería razonable acudir a una interpretación flexible a efectos de la extinción de la pensión alimenticia, y que esa normativa es perfectamente extrapolable al derecho común, en la interpretación flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia. Sin embargo, y referido al caso concreto, la Sala rechaza la extinción porque es precisa una interpretación

⁶⁸ En este sentido el art. 3.2 CC establece que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

⁶⁹ Así nos lo hace saber CABEZUELO ARENAS, L., (“La supresión...”, *cit.*) quien manifiesta que “las probabilidades de que prospere una acción encaminada a solicitar la extinción de los alimentos basándose en la renuente actitud de unos hijos a tratar al progenitor pagador son muy escasas. Conclusión a la que se llega indefectiblemente al analizar la trayectoria del Tribunal Superior de Justicia Catalán y nuestro Tribunal Supremo al abordar, respectivamente, los contornos y derivaciones de la ausencia de relación familiar y el maltrato psicológico”

rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo.

La sala considera que no queda claro a quien es achacable la carencia de relaciones entre padre e hijo. Como tampoco se ha probado su carácter principal, relevante, de intensidad pues parece que se debe a la falta de habilidades del padre. En suma, la falta de relación debe ser imputable a los hijos, con la caracterización de principal, relevante e intensa

5. ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD DISCAPACITADOS

No quisiera finalizar este trabajo sin aludir, aunque sea brevemente, a la obligación de alimentos de los hijos que, si bien son mayores de edad padecen alguna discapacidad.

A tal efecto, y en virtud de lo establecido en los artículos 39.3 CE y el 93 y 142 CC, los progenitores tienen la obligación de prestar alimentos a sus hijos, menores de edad, y a los mayores discapacitados que no pueden valerse por sí mismos.

En el mismo sentido se manifiesta la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre derechos de personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007, y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, al reconocer el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual debe incluir, sin duda, alimentación, vestido y vivienda adecuados, y la mejora continua de sus condiciones de vida.⁷⁰ Dicha Convención, que constituye el punto de partida de la obligación alimenticia a los hijos mayores que sufren alguna discapacidad dispone en su artículo 1 lo siguiente:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”:

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, dispone en el artículo 4.2 que:

“A todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”:

El vacío legal existente en torno a la obligación de alimentos a los hijos mayores de edad discapacitados ha sido llenado por jurisprudencia del Tribunal Supremo y en este sentido, destaca la ya mencionada sentencia de 7 de julio de 2014 por cuanto la misma ha fijado la doctrina al respecto al hijo de un procedimiento cuyo origen se haya en la demanda de modificación de medidas de divorcio donde el padre solicitó la extinción de la pensión acordada en su día a favor de su hijo el cual, habiendo cumplido 27 años, había finalizado sus estudios de BUP hace más de 10 años sin que hubiera realizado una especialización y encontrándose inscrito como demandante de empleo. Este hijo mayor de edad padecía un trastorno esquizofrénico paranoide que le incapacitaba para cualquier tipo de trabajo y que le hacía totalmente dependiente de su madre, lo cual determinó una discapacidad del 65%.

⁷⁰ MORENO FÓREZ, R.M^a., *op. cit.*, pp. 64 y 65. En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTs de 2 de junio de 2014 (RJ 2014/3159), y 7 de julio de 2014 (RJ 2014/3540). “
R.E.D.S. núm. 17, Julio-Diciembre 2020

Ante esta situación, tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia Provincial estimaron la pretensión del padre al entender que el chico reunía los requisitos para acceder a una prestación no contributiva por invalidez. Sin embargo, el TS, en contra de tal criterio, estableció la obligación del padre de continuar pagando la pensión. Parte la sentencia de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad que les reconoce un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, y bajo esta premisa dispone que:

*“Es evidente que aun cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo, lo que no es en este caso. El contenido éticos del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española. Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. (...)”*⁷¹

Asimismo, añade el TS en esta sentencia su negativa a reconducir el derecho de alimentos a los hijos mayores discapacitados al régimen de alimentos previsto en los artículos 142 y siguientes CC, como un deber de alimentos de los padres a sus hijos mayores pues, por entender que, conforme a lo establecido en el art. 93 CC *“no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico”*.

En definitiva, se viene a sentar como doctrina jurisprudencial que *“la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”*.⁷²

Resulta interesante destacar al respecto, que el TS no está equiparando de un modo absoluto a los hijos mayores discapacitados con los menores toda vez que exige, para el mantenimiento de los alimentos, los mismos requisitos que el Código Civil exige para los mayores y emancipados, a saber, que convivan en el domicilio familiar y que carezcan de recursos propios, en caso contrario la pensión alimenticia podría considerarse extinguida, lo cual no ocurriría en los casos de los hijos menores de edad cuya suspensión solo procede en determinados supuestos y con carácter temporal y excepcional.⁷³

⁷¹ 7 de julio de 2014 (RJA, núm. 3540 o372)

⁷² SSTS de 10 de octubre de 2014 (RJ 2014\4878), y de 17 de julio de 2015 (RJ 2015\3020).

⁷³ Cfr., ECHEVARRÍA DE PRADA, M^a. T., “Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales situación actual”, *RCDI*, 2016, p. 2499 y CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *La modificación de los alimentos a los hijos*, Madrid, Reus, 2018, p. 29.

LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA Y SU FUTURA TRANSPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

EARLY WARNING TOOLS AND THEIR FUTURE TRANSPOSITION INTO THE SPANISH LEGAL SYSTEM

Rubén de los Bueis Castañares
Abogado. Doctorando en Derecho Mercantil en la UD

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2020.

Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2020.

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es el estudio de las herramientas de alerta temprana reguladas en la Directiva 2019/1023 y su transposición en nuestro ordenamiento jurídico. A tal efecto, se analizará; en primer lugar, la regulación de las herramientas de alerta temprana en la directiva comunitaria; en segundo lugar, el sistema de alertas tempranas italiano, toda vez que es muy probable que termine influyendo, al menos en parte, en nuestra normativa concursal, y; por último, la futura transposición de las herramientas de alerta temprana en el ordenamiento jurídico español y el papel fundamental de la administración pública en dicho cometido.

ABSTRACT: The aim of this paper is the study of the early warning tools regulated in the Directive 2019/1023 and their transposition in our legal system. To this end, it will be analyzed; in the first place, the regulation of early warning tools in the directive; secondly, the Italian early warning system, since it is very likely that it will end up influencing, at least in part, our bankruptcy law, and; finally, the future transposition of early warning tools in the Spanish legal system and the fundamental role of the public administration in this matter.

PALABRAS CLAVE: Directiva (UE) 2019/1023, herramientas de alerta temprana, marcos de reestructuración preventiva.

KEYWORDS: Directive (UE) 2019/1023, early warning tools, restructuring frameworks.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Regulación de las herramientas de alerta temprana en la Directiva (UE) 2019/1023; 3. Las herramientas de alerta temprana en el ordenamiento jurídico italiano; 4. La futura transposición de las herramientas de alerta temprana en el ordenamiento jurídico español; 5. El papel de la Administración Pública en la implantación de las herramientas de alerta temprana.

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, en vigor desde el 16 de julio del 2019, ha supuesto un gran avance en el proceso de armonización de la normativa de insolvencias y reestructuraciones comunitarias enmarcado en el plan de Unión de Mercados de Capitales. A través de esta norma el legislador europeo pretende reducir las diferencias existentes entre los sistemas nacionales de insolvencias respecto de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, que se traducen actualmente en una situación de incertidumbre para los inversores a la hora de evaluar el riesgo de sufrir dificultades financieras en uno o más Estados Miembros y, por ende, en un grave obstáculo para la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales.¹

Para lograr la citada armonización, la Directiva persigue un triple objetivo; i) garantizar que las empresas y empresarios viables que atraviesen dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; ii) permitir que los deudores personas físicas de buena fe insolventes puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad, y; iii) mejorar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular, con el fin de reducir su duración.

A pesar de que nuestra normativa concursal recoge parte de las previsiones normativas contenidas en la meritada Directiva – siendo fiel reflejo de ello la regulación del pre-concurso, de los acuerdos de refinanciación y del mecanismo de la segunda oportunidad – el legislador español deberá realizar importantes reformas en el Texto Refundido de la Ley Concursal a los efectos de cumplir con el mandato europeo y transponer correctamente la Directiva.

A tenor de lo dispuesto en el apartado primero del art. 34 de la Directiva los Estados Miembros deben adoptar y publicar, a más tardar el 17 de julio de 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma.

El objeto del presente artículo se circunscribe a un análisis de las herramientas de alerta temprana reguladas en la Directiva (UE) 2019/1023 y su futura transposición en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, es preciso señalar que se trata de un simple esbozo, puesto que un examen en profundidad exigiría un estudio más extenso que el que se aborda en este trabajo.

¹ PULGAR EZQUERRA, J. “*Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023*”. Diario La Ley, No. 9474

2. REGULACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023

El artículo 3 de la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de velar por que el deudor tenga acceso a herramientas de alerta temprana que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia y le adviertan de la necesidad de actuar sin demora.

De acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo, así como en el considerando 17 de la norma, las herramientas de alerta temprana han sido concebidas por el legislador europeo pensando especialmente en las PYMES, toda vez que, por lo general, esta clase de empresas carece de los medios y recursos suficientes para contar con asesoramiento jurídico especializado que les ayude a identificar y prevenir eficazmente situaciones próximas a la insolvencia.²

Tal y como se infiere del apartado segundo de este mismo precepto, las alertas tempranas deberán operar en un ámbito interno respecto del deudor, sin que la información de su situación económica y financiera pueda trascender a terceros, hecha la salvedad de los representantes de los trabajadores, a los que los Estados Miembros deberán facilitar los medios necesarios para garantizar su acceso a información relevante y actualizada sobre la disponibilidad de las herramientas de alerta temprana, así como sobre los procedimientos y medidas de reestructuración y exoneración de deudas.

La Directiva no ofrece un concepto de herramientas de alerta temprana, pero establece a título ejemplificativo, que estas podrán consistir en:

- a) Mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos;
- b) Servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados, e;
- c) Incentivos, con arreglo a la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa.

De igual forma, la Directiva adolece de una gran indeterminación respecto sobre qué ha de entenderse por información relevante, así como respecto a la relación o incidencias de las herramientas de alerta temprana sobre los deberes de los administradores frente a la probabilidad de insolvencia.³

Por último, y antes de pasar al siguiente epígrafe, conviene destacar que la presente Directiva no atribuye a los Estados miembros ninguna responsabilidad por los posibles daños y perjuicios ocasionados por los procedimientos de reestructuración preventiva derivados de las herramientas de alerta temprana.

Esta exclusión de responsabilidad responde al carácter pernicioso que puede tener un procedimiento de reestructuración preventiva para los acreedores de aquel deudor

² CUENA CASAS, M. “*La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuesta de Transposición al Derecho Español*”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, 32. Primer semestre de 2020. Madrid. Ed: Wolters Kluwer, pp. 39-70.

³ LADO CASTRO-RIAL, C. “*Líneas esenciales de la Directiva*”. Revista Aranzadi Unión Europea, 8-9 (2019), pp. 51-69.

que de forma injustificada se haya visto inmerso en un procedimiento de estas características. En efecto, de no existir esta exclusión, un acreedor podría exigir responsabilidad a la Administración Pública al demostrar que la situación próxima a la insolvencia del deudor no justificaba la adopción de un plan de reestructuración, y consecuentemente, tampoco el perjuicio que se le hubiese irrogado en sus derechos frente a aquel.

3. LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

El 12 enero de 2019 fue derogada la ley concursal italiana (*Legge Fallimentare*) de 1942 promulgándose el *Codice della crisi d'impresa e della insolvenza* (en adelante Código de Crisis). Una gran parte de las disposiciones del código se encuentran ya en vigor, no obstante, el articulado del código no estará vigente en su totalidad hasta el 1 de septiembre de 2021.⁴

Con la promulgación del Código de Crisis el legislador italiano lleva a cabo una reforma integral del derecho de la insolvencia con la intención manifiesta de fomentar la continuidad de las empresas viables que experimenten situaciones de crisis. Así se deduce de la nueva regulación de los acuerdos de reestructuración y refinanciación de la deuda, de los marcos de responsabilidad de administradores y, en lo que ahora interesa, de la regulación de un sistema de alerta temprana y un procedimiento simplificado para favorecer que el deudor, fundamentalmente las PYMES, alcancen un acuerdo con los acreedores con la ayuda de un organismo público.⁵

El sistema italiano de alertas tempranas se estructura en dos fases consecutivas perfectamente diferenciadas:

1. La monitorización interna de la solvencia de la sociedad y de la gestión del órgano de administración por parte de un auditor o, en su caso, sociedad de auditoría, y;
2. La puesta en marcha de un procedimiento ante un organismo público que favorezca el acuerdo entre el deudor y sus acreedores cuando la referida monitorización no sea suficiente para revertir las dificultades económicas y/o financieras de la sociedad.

Es conveniente estudiar con detenimiento la regulación del sistema de alertas tempranas de nuestro homólogo italiano porque como se ha expuesto anteriormente, puede terminar influyendo, en mayor o menor medida, en nuestra normativa concursal, como ya sucedió, por ejemplo, a la hora de implementar otras medidas relacionadas con los acuerdos de refinanciación.

⁴ El término original para la entrada en vigor del Código de Crisis estaba comprendido en el sentido de la formulación originaria del párrafo 1 del citado art. 389 D.Lgs. n. 14/2019, con fecha de 15 de agosto de 2020, con excepción de algunas disposiciones reglamentarias ya en vigor desde el 16 de marzo de 2019, según lo previsto en el párrafo 2 de dicho artículo (se trata en particular del: párrafo primero del art. 27, art. 350, art. 356, art. 357, art. 363, art. 364, art. 366, art. 375, art. 377, art. 378, art. 379, art. 385, art. 386, art. 387 y art. 388).

⁵ Arts. 12 a 25 del Código de Crisis.

Precisamente por ello, las siguientes líneas contendrán un breve análisis de sus dos fases;

1. La monitorización interna de la solvencia de la sociedad y de la gestión del órgano de administración por parte de un auditor o, en su caso, sociedad de auditoría:

El legislador italiano impone a los órganos de control de la sociedad, refiriéndose expresamente al auditor y a la sociedad de auditoría, cada uno en el marco de sus funciones, la obligación de comprobar que el órgano de administración evalúa de forma continua la situación económica y financiera de la sociedad y que, además, actúa en consecuencia con los resultados de dichas evaluaciones. De igual forma, los órganos de control quedan obligados a examinar la evolución previsible de la gestión llevada a cabo por el órgano de administración, debiendo comunicar por escrito y de forma fehaciente a este último cuando de dicho examen se desprendan “*indicios fundados de crisis*”.

Recibida la anterior comunicación el órgano de administración dispondrá de un plazo razonable a determinar por el órgano de control – que en ningún caso podrá ser superior a treinta días – para responder e informar sobre las soluciones encontradas y las medidas adoptadas. En caso de que el órgano de administración no responda a la comunicación, o bien responda de forma evasiva o faltando a la verdad, el órgano de control informará sin demora al *organismo di composizione della crisi d'impresa* (en adelante, OCRI⁶) que tramitará el procedimiento de resolución asistida de la crisis, debiendo desarrollarse el mismo de forma reservada y confidencial. Cabe aclarar, no obstante, que el deudor a petición propia podrá acudir directamente al procedimiento de resolución asistida de la crisis mediante solicitud motivada dirigida al OCRI.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha señalar que el Código de Crisis prevé la obligación de la Agencia Tributaria y el Instituto Nacional de la Seguridad Social de informar a la OCRI cuando el deudor ostente créditos cualificados frente a ellas y habiéndose requerido de pago al mismo, este no haya liquidado la deuda en un plazo de 90 días a partir de la notificación del citado requerimiento. A estos efectos, se reputarán créditos cualificados, atendiendo a su antigüedad y cuantía, los referidos en el apartado segundo del art. 15 del Código de Crisis.

En resumen, puede concluirse que el sistema italiano de alertas tempranas en esta primera fase consiste en un monitoreo interno por parte del órgano de control de la sociedad y en un deber de informar impuesto a determinados acreedores públicos.⁷

2. La puesta en marcha de un procedimiento ante un organismo público que favorezca el acuerdo entre el deudor y sus acreedores cuando la referida monitorización no sea suficiente para revertir las dificultades económicas y/o financieras de la sociedad:

⁶ La OCRI es el organismo público italiano de solución asistida de la crisis. Este organismo cuenta con una sede en cada Cámara de Comercio, Industria, Artesanía y Agricultura y tiene confiadas las siguientes tareas; a) recibir los informes elaborados por los órganos de control o acreedores públicos cualificados del deudor en los que se reflejen los indicios fundados de crisis de la empresa. (arts. 14 y 15 del Código de Crisis); b) gestionar la fase de alerta para todas las empresas con independencia de su tamaño y; c) asistir al empresario, a petición propia, en el procedimiento de resolución asistida de crisis para las grandes empresas. (Disposición General Primera, Capítulo Primero, art. 2 del Código de Crisis).

⁷ ZORZI, A. “*The Italian Insolvency Law Reform*”. Pp. 17-21. disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3492422> (última consulta 04/09/2020)

Transcurrido un plazo de 15 días laborables desde la recepción de la solicitud del deudor, de la comunicación del órgano de control de la sociedad o de los acreedores públicos cualificados a los que antes se ha hecho referencia, la OCRI convocará al deudor ante un órgano colegiado constituido al efecto, que estará compuesto por un «administrador de alertas» y por tres expertos (principalmente, juristas y economistas⁸). Si el órgano colegiado considera que se trata de un deudor al que no le son de aplicación las herramientas de alerta temprana o en su caso, que la crisis a la que se alude no es cierta, ordenará el archivo de las actuaciones.

Para predecir la situación de crisis empresarial se atiende a indicadores internos elaborados trienalmente por el Consejo Nacional de Auditores y Expertos Contables⁹.

Estos indicadores tendrán en cuenta múltiples factores, siendo los más significativos – ex art. 13 del Código de Crisis –;

- a) La sostenibilidad de la deuda, que consistirá en medir la proporción de deudas a corto plazo cubiertas por el activo corriente una vez descontadas las existencias. (*Acid test*);
- b) La adecuación de los recursos propios con respecto a los de terceros, esto es, la relación entre el Patrimonio Neto y el Capital Social, y;
- c) Los retrasos reiterados y significativos en los pagos a acreedores.

En cualquier caso, y como no podría ser de otra forma, estos indicadores diferenciarán entre empresas por sector de actividad, toda vez que, por ejemplo, no es lo mismo considerar que una empresa intensiva en capital humano tiene que cumplir con los indicadores de endeudamiento de otras intensivas en maquinaria.¹⁰

Atendiendo a estos criterios, en caso de que el órgano colegiado constatase la existencia de crisis empresarial, determinará con el deudor las posibles medidas correctoras y fijará un plazo no superior a tres meses en los que deberá negociar con sus acreedores, plazo que podrá prorrogarse incluso por otros tres meses para el caso de que las negociaciones con estos fuesen positivas. De no ser posible el acuerdo, se pondrá fin al procedimiento y se informará a la fiscalía para que proceda a presentar la solicitud de concurso en el caso de que el deudor sea insolvente.

4. LA FUTURA TRANSPOSICIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

No cabe duda de que las herramientas de alerta temprana, siempre que se utilicen adecuadamente, pueden llegar a ser un remedio extrajudicial clave para garantizar que el deudor pueda detectar de forma temprana situaciones de crisis próximas a la insolvencia y pueda así, tomar las medidas necesarias para revertir su situación.

⁸ Art. 17.4 del Código de Crisis.

⁹ Art. 13 y ss. del Código de Crisis.

¹⁰ LLORET, J. CAICOYA, J. LLORENTE, R. “Las herramientas de autodiagnóstico para la alerta temprana en situaciones de distress empresarial” Diario La Ley, No. 9640.

No obstante, son varias las barreras que el legislador debe sortear sí finalmente decide implantar un sistema de alertas tempranas como el italiano en el ordenamiento jurídico español:

En primer lugar, se ha de señalar que el régimen legal previsto para determinar la obligación de una empresa de auditar sus cuentas es más severo en Italia que en España. El art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital establece que están obligadas a contratar los servicios de un auditor las empresas que cumplan durante dos ejercicios consecutivos, al menos, dos de los siguientes requisitos: a) importe neto de la cifra de negocio superior a 5.7000.000 euros; b) activos superiores a 2.850.000 euros y; c) número medio de trabajadores superior a 50. Sin embargo, tras la última modificación del art. 2477 del *Codice Civile*, para que una empresa italiana esté obligada a contratar a un auditor basta con que en los dos ejercicios anteriores haya contado con un número medio de trabajadores superior a 20¹¹. En consecuencia, se auditan más empresas en Italia que en España, lo que no favorece la implementación exitosa del sistema de alertas temprana italiano en el ordenamiento jurídico español.

En este mismo sentido, otra barrera difícil de franquear consiste en que en España las cuentas anuales de la sociedad se formulan por el órgano de administración al tercer mes de finalizar el ejercicio, y es entonces cuando, en su caso, pueden ser auditadas. Trasladándolo al escenario económico actual, esto se traduce en que el auditor de una empresa en situación de crisis a fecha de junio de 2020 por causa del COVID-19, informaría de la crisis que atraviesa la misma a la autoridad competente tras la formulación de las cuentas anuales, esto es, a partir del mes de marzo del ejercicio siguiente, momento en el que probablemente la empresa se encuentre en un estado de insolvencia irreversible.

A todo ello se suma la escasa utilidad que han demostrado los sistemas de alertas tempranas tan formalistas como el italiano, que, de ser finalmente acogido por el legislador español, probablemente terminaría siendo utilizado fraudulentamente por algunas empresas insolventes para evitar temporalmente la obligación de solicitar el concurso. No se debe obviar que nuestro ordenamiento jurídico cuenta ya con un procedimiento de reestructuración de deuda – el mal llamado pre-concurso – que, salvo en contadas excepciones, es utilizado indebidamente para retrasar y preparar la posterior solicitud de concurso del deudor. La práctica jurídica ha demostrado que los sistemas de alerta temprana complejos y burocratizados como el italiano tienden a ser en la mayoría de los casos antesalas ruinosas de procedimientos concursales.¹²

Precisamente por este motivo, la transposición de las herramientas de alerta temprana en el ordenamiento jurídico español debería articularse a través de la regulación de un procedimiento informal, en concreto, un procedimiento de *mentoring*, en el que un equipo de expertos en la gestión de crisis empresariales asesore de forma confidencial al deudor, proponiéndole soluciones y guiándole en las negociaciones con sus acreedores.

¹¹ Art. 2477 del *Codice Civile*, originalmente modificado por el art. 389 del Código de Crisis, fue enmendado por el art. 2 bis del Decreto Ley 18 de abril de 2019, No. 32 (convertido en ley, con enmiendas, por la Ley 14 de junio de 2019, No. 55). Los umbrales previstos en el apartado c del meritado artículo – en vigor desde el 16 de diciembre de 2019 – son los siguientes: a) activo: 4 millones de euros; b) ingresos: 4 millones de euros; c) número medio de empleados: 20. Basta con sobrepasar un único umbral durante dos ejercicios fiscales para que resulte obligatorio nombrar a un auditor.

¹² PULGAR EZQUERRA, J. “Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019; legislación preconcursal de emergencia”. Diario La Ley, N.º 9608.

Un perfecto ejemplo de cómo la Directiva podría tomar una forma concreta en el ordenamiento español, es el proyecto europeo *Early Warning Europe* (en adelante, EWE), cofinanciado por el Programa de la UE para la Competitividad de las PYME (COSME) y dirigido por el *Business Development Centre of Central Denmark*, que se desarrolló entre los años 2016 a 2019 en nueve países. En un primer momento estuvo enfocado a cuatro países piloto; España, Grecia, Italia, y Polonia, pero habida cuenta del éxito del proyecto, se optó por ampliar los países de destino a seis países más; Croacia, Eslovenia, Finlandia, Hungría, Lituania y Luxemburgo. Durante esos tres años EWE ofreció asesoramiento gratuito, imparcial y confidencial de forma exitosa a más de 3.500 empresas que atravesaban dificultades económicas y/o financieras, ayudándolas a prevenir la insolvencia y dar continuidad a sus negocios o, en su caso, a afrontar de la mejor forma posible el procedimiento de liquidación.

La clave del éxito de EWE, que sigue los pasos de su antecesor, el proyecto *Early Warning Denmark*, se basó en la colaboración entre las instituciones y en la red de mentores especializados en resolución de crisis y conflictos empresariales de la que formaron parte tanto entidades privadas como públicas. Asimismo, también tuvo una especial trascendencia el software desarrollado por el *Business Development Centre of Central Denmark*, que permitió a los participantes del proyecto beneficiarse de las ventajas del *Big Data* identificando señales de alerta en las cuentas anuales archivadas digitalmente por las compañías en sus bases de datos.¹³

Tras la finalización de EWE todos los Estados Miembro que formaron parte del proyecto crearon una red permanente de colaboración – bautizada con el mismo nombre, *Early Warning Europe Network* – que tiene como objetivo implantar de forma eficaz las herramientas de alerta temprana y los mecanismos de reestructuración preventiva en todos los países de la Unión Europea, así como promover vínculos permanentes entre las instituciones comunitarias y los gobiernos de cada Estado Miembro.

Sin embargo, en España aún queda un largo camino por recorrer para lograr la implantación de herramientas de alerta temprana y mecanismos de reestructuración que resulten eficaces para prevenir y atajar la insolvencia de las PYMES. Además de las deficiencias que presenta nuestra legislación concursal en esta materia – y que es de esperar sean subsanadas tras la transposición de la Directiva 2019/1023 – los informes finales del proyecto EWE revelan que en nuestro país existen dos obstáculos principales que reducen notablemente la eficacia de estas herramientas y mecanismos de reestructuración preventiva; 1) las barreras administrativas, ligadas fundamentalmente al régimen descentralizado de comunidades autónomas y; 2) las ligadas con la cultura empresarial nacional, en la que el fracaso empresarial se vincula con la ineptitud o incluso con el fraude.¹⁴

No obstante, no se ha de obviar que, si bien España no cuenta actualmente con un sistema de alertas tempranas, si dispone sin embargo de ciertas herramientas de alerta como las elaboradas por el Ministerio de Industria, que permiten al deudor realizar una autoevaluación de su negocio para prevenir estadios próximos a la insolvencia y ofrece recomendaciones para evitar situaciones de riesgo. Asimismo, desde la entrada en vigor de la circular 6/2016 de 31 de junio del Banco de España en octubre de 2016, las entidades financieras cuentan con los medios necesarios para elaborar un documento denominado

¹³ The Journal of INSOL Europe; “*Early warning systems in Denmark and Europe*”, pp. 20-21.

¹⁴ CUENA CASAS, M. “*La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 ...*”, op. cit., pp. 39-70.

“Información Financiera-PYME” que incluye la calificación crediticia del deudor atendiendo a ratios de deuda y sectoriales que podrían ser de utilidad a la hora de transponer la directiva comunitaria, en particular, respecto a la determinación de los indicadores y parámetros que ayuden a prevenir situaciones de insolvencia.

5. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA IMPLANTACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA

De conformidad con el art. 3, apartado 1, de la Directiva 2019/1023, los EM tienen la obligación de velar por que el deudor tenga acceso a una o más herramientas de alerta temprana que: 1º sean claras y transparentes¹⁵; 2º permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente, y; 3º adviertan de la necesidad de actuar sin demora.

Asimismo, el apartado 4 del citado artículo establece que los EM velarán por que exista información en línea y a disposición del público sobre la posibilidad de acceder a las herramientas de alerta temprana, y que dicha información se presente en un formato sencillo y de fácil acceso, en especial para las PYMES.

Las herramientas de alerta temprana pueden ser desarrolladas por los EM o por entidades privadas, esto es, los EM no están obligados a llevar a cabo directamente las prestaciones de servicios que puedan incluirse como herramientas de alerta temprana, sino únicamente a garantizar que se cumpla el objetivo fijado en la Directiva. De esta forma, las Administraciones Públicas se constituyen en meros garantes, pero no necesariamente en prestadoras de los servicios que puedan incardinarse en las herramientas de alerta temprana.

Sin perjuicio de lo anterior, el apartado segundo de este mismo precepto establece, a título ejemplificativo, que las herramientas de alerta temprana podrán incluir “*mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos...*”. El legislador europeo se refiere así a los impagos de créditos frente a la administración pública, en concreto, a impagos de impuestos o de cotizaciones sociales.¹⁶

En caso de que el legislador español al transponer la Directiva optase finalmente por incluir este mecanismo de alerta dentro de las herramientas de alerta temprana, la competencia para ejecutarlo recaería sobre la Administración Pública.

En este sentido, una vez constatada la existencia de impagos de créditos tributarios o de la Seguridad Social la Administración Pública (Tributaria o de Seguridad Social) estaría obligada a informar al deudor de la necesidad de adoptar medidas para poder revertir su situación. La finalidad de este mecanismo de alerta consiste en que el deudor pueda contar de forma temprana con la información necesaria para adoptar la decisión de acometer un proceso de reestructuración preventiva que le permita «cambiar de rumbo»¹⁷ evitando así la insolvencia y, por ende, la declaración de concurso de acreedores.

¹⁵ Esto ha de completarse con lo expuesto en el considerando 22 de la Directiva, en el que se prevé que la información que proporcionen las herramientas de alerta temprana ha de ser “... *actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva*”.

¹⁶ Así se desprende del considerando 22 de la Directiva, en virtud del cual: “(...) *Las herramientas de alerta temprana (...) podrían activarse, por ejemplo, debido a un impago de impuestos o de las cotizaciones de la seguridad social.*”

¹⁷ MOLLER, M. “Early Warning Europe: Asistencia a las PYMES en crisis”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 33. Primer semestre de 2020. En Madrid. Ed: Wolters Kluwer. pp. 571-572.

Como se puede apreciar, para que el citado mecanismo funcione, resulta imprescindible que la alerta se active en tiempo real, y la advertencia al deudor por parte de la Administración Pública se lleve a cabo en un momento en el que este se encuentre en un estadio próximo a la insolvencia, y no en un estado de insolvencia actual.

Sin embargo, los plazos amplios de prescripción previstos en la Ley General Tributaria y la Ley General de la Seguridad Social no incentivan que la Administración Pública lleve a cabo una monitorización efectiva (temprana) de los impagos de créditos tributarios y de seguridad social. En efecto, los arts. 66 de la LGT y 24 de la LGSS establecen un plazo de prescripción de 4 años para que la Administración Pública pueda reclamar esta clase de créditos, lo que dificulta enormemente el éxito de este mecanismo de alerta.

Una medida encaminada a incentivar la fiscalización temprana de la deuda podría consistir en la reducción de estos plazos, si bien, debería ir acompañada de un plan de actuación dirigido a reforzar los recursos personales y materiales con los que cuenta el sector público, pues de lo contrario, las arcas públicas podrían sufrir grandes pérdidas.

El segundo mecanismo de alerta en el que puede participar la Administración Pública consiste en la prestación – directa o indirecta – de servicios de asesoramiento profesional. Así se desprende del ya citado art. 3.2.b) de la Directiva, en virtud del cual: *“los servicios de asesoramiento podrán prestarlos organismos públicos o privados”*.

En el supuesto de que el legislador determine que la Administración Pública deba prestar directamente estos servicios sería preciso desarrollar canales institucionales de información y asesoramiento, de fácil acceso, en especial, para las PYMES.

En línea con lo anterior, cabe destacar la posibilidad de que estos servicios puedan prestarse por las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación reguladas en la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de comercio, Industria, Servicios y Navegación, habida cuenta de que el artículo 2.1 de esta ley las define como *“órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas (...)”*.

Otra posibilidad es que estos servicios de asesoramiento sean prestados desde el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), que de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, constituye uno de los tres elementos esenciales del Proyecto Nueva Empresa, junto al régimen jurídico de la Nueva Empresa y el sistema de contabilidad justificada.

CIRCE consiste en una red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT), en los que se asesora y se prestan servicios a los emprendedores, tanto en la fase incipiente de sus proyectos empresariales, facilitando la creación de la empresa y el inicio efectivo de su actividad, como en sus primeros años de vida, contribuyendo así a su correcto desarrollo.¹⁸ Actualmente, este instrumento depende del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en la Dirección General de Pequeña y Mediana Empresa, y ha sido desarrollado por el Real Decreto 628/2003, de 7 de junio, dando lugar al establecimiento de dos tipos de puntos de Atención al Emprendedor (PAE);

¹⁸ LADO CASTRO-RIAL, C. *“Alertas tempranas y administraciones públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración”*. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 33. Primer semestre de 2020. En Madrid. Ed: Wolters Kluwer, pp. 235-248.

- a) Puntos de atención públicos: en los que el servicio es prestado por instituciones públicas o vinculadas con estas (Ayuntamientos, Cámaras de comercio, Agencias de Desarrollo, notarías¹⁹, etc.):
- b) Puntos de atención privados: en los que el servicio es prestado por organismos privados, tales como Colegios Profesionales, asociaciones profesionales, y agrupaciones de empresas firmantes del convenio de colaboración con la DGPYME.

En lo que al asesoramiento privado se refiere, cabe traer a colación el sistema de alertas tempranas danés, en el que la prestación del asesoramiento a empresas en crisis, se realiza de forma gratuita, imparcial y confidencial por voluntarios expertos en la materia, cubriendo la totalidad de las áreas de conocimiento relevantes; como la jurídica, la de gestión, contabilidad, planificación estratégica, marketing, etc.²⁰

En efecto, la clave del sistema danés, proveniente del proyecto *Early Warning Danmark*, al que anteriormente se ha hecho referencia, reside en la colaboración permanente de despachos especializados en insolvencias, los cuales destinan un número de horas *pro bono* para lograr que las empresas en crisis puedan revertir su situación, o en su caso, de no ser factible su recuperación, puedan afrontar el procedimiento concursal de forma ordenada y eficiente. Se trata de un escenario en el que todos ganan: los empresarios salen antes de su situación de crisis, o en su caso, del procedimiento concursal, sus opciones de una segunda oportunidad mejoran, se conservan los puestos de trabajo, las pérdidas de los acreedores se minimizan y los tribunales no se saturan. Además, las estadísticas muestran que las pérdidas que sufre la Administración Pública disminuyen en un 20% en el caso de sociedades canceladas con la ayuda de las herramientas de alerta temprana y reestructuración preventiva.²¹

No obstante, si bien este sistema de alerta temprana puede ser viable a pequeña escala, su implementación a gran escala, y en concreto en España, requeriría de financiación y apoyo de la Administración Pública.

En consonancia con lo anterior, se ha de valorar hasta qué punto es compatible el asesoramiento gratuito a empresas en situación de *distress* con el régimen de ayudas de Estado, cuyo fin es evitar el riesgo de que éstas puedan provocar distorsiones a la competencia y el mercado interior.

El concepto de ayuda de Estado se encuentra regulado en el art. 107.1 TFUE, que establece que *“salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre EM, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”*.

Se trata, por tanto, de un concepto comunitario de ayuda de Estado amplio y expansivo, de carácter material y no formal, que abarca todo tipo de ayuda otorgada a las empresas con cargo a recursos estatales o sobre los que el estado tenga un poder de

¹⁹ De conformidad con el art. 13.1 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización: *“Los Puntos de Atención al Emprendedor (PAE) serán oficinas pertenecientes a organismos públicos y privados, incluidas las notarías, así como puntos virtuales de información y tramitación telemática de solicitudes.”*

²⁰ LADO CASTRO-RIAL, C. *“Alertas tempranas y administraciones públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración”*, op. cit., pp. 235-248.

²¹ MOLLER, M. *“Early Warning Europe: Asistencia a las PYMES en crisis”*, op. cit., pp. 571-572.

actuación y concedida bajo diversas formas (subvenciones, ventajas fiscales, créditos blandos) que moderen las cargas que han de soportar normalmente las empresas con la consiguiente reducción de los ingresos del presupuesto estatal.²²

En este sentido, para que una medida nacional sea calificada de «de ayuda de Estado» es necesario que confiera una ventaja selectiva a su beneficiario, – siempre que éste ejerza una actividad económica, cualquiera que sea su forma jurídica y modo de funcionamiento – provocando así un falseamiento de la competencia. En estos términos se pronuncia la sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012²³ al establecer qué: *“Con el fin de apreciar si una medida tiene carácter selectivo, es necesario examinar si, en el marco de un régimen jurídico concreto, dicha medida puede favorecer a determinadas empresas en comparación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable”*²⁴. Por tanto, no es suficiente que se constate una diferencia de trato, ni que tal medida afecte a determinados sujetos, sino que se requiere, además, que esa diferencia de trato no se encuentre justificada y que introduzca discriminaciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado a dicho régimen común, se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable.

La STJUE de 16 de marzo de 2017 en relación a la compatibilidad de la exoneración de deudas por IVA con el régimen comunitario de ayudas estatales dispuso que las personas a las que no se les permitía el acceso al procedimiento de la segunda oportunidad (italiana), ya fuese porque no estaban comprendidas en el ámbito de aplicación de ese procedimiento o porque no cumplían los requisitos previstos en el art. 142 de la ya derogada *Legge Fallimentare*, no se encontraban en una situación fáctica y jurídica comparable a la de las personas a las que se concedía ese beneficio, *“habida cuenta de que el objetivo perseguido por esas disposiciones, que es el de permitir a una persona física declarada en concurso, deudor de buena fe, reanudar una actividad empresarial habiendo quedado descargado de las deudas que, al término del procedimiento concursal del que ha sido objeto esa persona, no han sido satisfechas”*.

En este supuesto, el TJUE defendió que no existía una discriminación no justificada entre los deudores que tenían acceso a la exoneración y los que se les denegaba dicho acceso, pues entendió que ambos se encontraban en una situación fáctica y jurídica distinta, y, por lo tanto, no comparable. De ahí que la sentencia comentada concluyese que: *“una liberación de deudas como establece la legislación italiana no pueda calificarse de ayuda de Estado”*.

Trasladándolo al supuesto que ahora nos atañe, cabe concluir que no parece que la financiación del asesoramiento profesional a empresas en situación de insolvencia con cargo a fondos públicos deba reputarse como una ayuda de Estado incompatible con el Tratado, toda vez que no concurre la característica de que esta medida constituya una ventaja selectiva en los términos expresados por el TJUE.

²² CUENA CASAS, M. *“Crédito Público y Exoneración de Deudas”* Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 27. Segundo semestre de 2017. Madrid. Ed: Wolters Kluwer, pp. 242-248.

²³ STJUE de 29 de marzo de 2012, Asunto C- 417/10.

²⁴ En este mismo sentido se pronuncia también la ya citada STJUE de 16 de marzo de 2017, Asunto C493/15.

6. BIBLIOGRAFIA

6.1 LIBROS Y PUBLICACIONES:

- CUENA CASAS, M. “Crédito Público y Exoneración de Deudas” Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 27. Segundo semestre de 2017. Madrid. Ed: Wolters Kluwer.
- CUENA CASAS, M. “La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuesta de Transposición al Derecho Español”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 32. Primer semestre de 2020. Madrid. Ed: Wolters Kluwer.
- The Journal of INSOL Europe; “Early warning systems in Denmark and Europe”. Publicación mensual, julio-agosto de 2019.
- LADO CASTRO-RIAL, C. “Alertas tempranas y administraciones públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 33. Segundo semestre de 2020. Ed: Wolters Kluwer.
- LADO CASTRO-RIAL, C. “Líneas esenciales de la Directiva”. Revista Aranzadi Unión Europea, 8-9. Publicación mensual agosto-septiembre de 2019. Ed: Aranzadi, S.A.U.
- LLORET, J. CAICOYA, J. LLORENTE, R. “Las herramientas de autodiagnóstico para la alerta temprana en situaciones de *distress* empresarial” Diario La Ley, No. 9640.
- MOLLER, M. “Early Warning Europe: Asistencia a las PYMES en crisis”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm 33. Primer semestre de 2020. Madrid. Ed: Wolters Kluwer.
- PULGAR EZQUERRA, J. “Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023”. Diario La Ley, No. 9474.
- PULGAR EZQUERRA, J. “Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019; legislación preconcursal de emergencia”. Diario La Ley, N.º 9608.
- ZORZI, A. “The Italian Insolvency Law Reform”. disponible en SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3492422> (última consulta 04/09/2020).

6.2 RESOLUCIONES DEL TJUE:

- STJUE de 29 de marzo de 2012, Asunto C - 417/10
- STJUE de 16 de marzo de 2017, Asunto C - 493/15.

LA AGRICULTURA ECOLÓGICA EN LA PROVINCIA HISPALENSE. Estudio de casos

María Elena Nieto-Cabrera¹
Azahara Calderón Laguna²
Concepción Nieto-Morales³

Fecha de recepción: 29 de septiembre de 2020

Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2020

RESUMEN: Los avances sociales desencadenan una progresiva tecnificación en todos los ámbitos y por ende en la agricultura, que a la par que surge la agricultura intensiva que una parte de la población incentiva también otra parte de la sociedad la considera una agresión y surge un movimiento ecologista en defensa del medio ambiente. La agricultura ecológica es impulsada por algunas universidades españolas como el departamento de agrónomos de la universidad de Córdoba, y por su catedrático Eduardo Sevilla Guzmán, extendiendo una amplia red de investigadores a nivel mundial y especialmente con gran auge en Latinoamérica. Los agricultores que se dedican al cultivo extensivo consideran la agricultura ecológica como no rentable debido a la baja productividad. En la Comarca de la Vega sevillana se encuentra el Cortijo del Puerto que apostó por la agricultura ecológica y que desde hace unos años es conocido a nivel mundial, habiendo obtenido premios a su producción ecológica de aceite de oliva

ABSTRACT: Social advances also require progressive technological ones in all areas, such as in farming. With regard to this, intensive farming is considered by many, ecologist groups or associations, as an attack to the environment. Several Spanish Universities, as the one in Córdoba, promote ecological farming. Professor Eduardo Sevilla Guzmán has started a wide worldwide research about it, with a great popularity/acceptation, also in Latin America. Nowadays, farmers, who are devoted to extensive farming, don't consider organic farming as productive, as, as a result, non profitable. In Seville, in the Vega region, "El cortijo del Puerto", known worldwide due to organic farming, has won awards for its organic production of olive oil.

PALABRAS CLAVE: Agricultura, agricultores, medio ambiente, cultivos ecológicos, rentabilidad.

KEYWORDS: Agriculture, farmers, environment, organic crops, profitability.

SUMARIO: 1. Resumen, 2. Introducción, 3. La agricultura ecológica, 4. Ventajas versus inconvenientes de la agricultura ecológica, 5. Metodología, 6. Análisis y lectura de resultados, 7. A modo de conclusión, 8. Bibliografía.

¹ Grado en RRL

² Ingeniero técnico agrícola

³ Dra. Sociología

1. INTRODUCCIÓN

A comienzos del S. XX, con los avances tecnológicos se producen otros que mejoran el rendimiento económico en todos los ámbitos laborales y también en la agricultura, surgiendo la agricultura intensiva⁴ y tuvo su respuesta en el surgimiento de la agricultura ecológica, contraria a la utilización de fitosanitarios, fertilizantes, etc. En los inicios la agricultura intensiva solo se consideró un cambio de modelo en la producción agrícola que mejoraba la producción y la economía.

Algunas universidades españolas, y entre ellas la universidad de Córdoba, un sector de su profesorado del departamento de agrónomos, apostó por la defensa del medio ambiente.

España no es de los países que valore especialmente la agricultura ecológica y exporta la mayor parte de su producción, aunque poco a poco se va abriendo paso, sin embargo, hay otros países donde los productos ecológicos son muy valorados como Alemania, Estados Unidos (EEUU), Japón, Australia, etc.

Para los productores de agricultura intensiva, la agricultura ecológica tiene más inconvenientes que ventajas debido a la baja producción y rendimiento de los productos, la escasa diferencia de precio entre los productos ecológicos y de agricultura intensiva, lo que repercute en menor productividad y en menor rendimiento económico, una peor imagen del producto debido a la prohibición en la utilización de fitosanitarios, y que los productos son atacados por plagas que solo se pueden combatir con productos químicos, según refieren los agricultores y expertos en agricultura.

La agricultura ecológica también se caracteriza por menores costes de producción, dado que no se utilizan ni fertilizantes químicos ni fitosanitarios, mayor ahorro en el consumo de agua, etc. aunque es cierto que el rendimiento productivo también es mucho menor. También presenta un problema debido a que el abonado es en su mayoría con estiércol, que antes era abundante, y en el último medio siglo ha descendido debido a la mecanización y a que el transporte ya no es a través de equinos. Es cierto que en la fertilización ecológica se usa la ceniza de la quema de rastrojos, que ha sido muy utilizada y continua ampliamente en otros países como América Latina.

No todo son desventajas e inconvenientes en la producción ecológica, también es importante tener en cuenta la protección del medioambiente, y la prevención a nivel sanitario, evitando la utilización de productos perjudiciales para la salud.

⁴Producción agrícola importante de productos con gran rendimiento agrícola y económico respecto a la existente en ese momento, con alto nivel de tecnificación e inversión económica, energía y otros recursos.

2. LA AGRICULTURA ECOLÓGICA

La agricultura surge con los primeros pobladores recolectando frutos silvestres desde hace milenios que se producen alimentos naturales, aunque eran incapaces de conocer el funcionamiento de reproducción. Consolidándose la agricultura con los primeros asentamientos y progresivamente va avanzando al tiempo que lo hace la sociedad, no fue hasta comienzos del siglo XX cuando obtiene sus mayores progresos, paralelo a los avances industriales, utilizando de forma masiva y generalizada productos fitosanitarios⁵, fertilizantes⁶ que aumenten el rendimiento y producción agrícolas.

La agricultura está considerada como una actividad laboral y económica productora de beneficios donde el objetivo del agricultor es la producción agrícola que le reporta unos beneficios y que debe de afrontar los diversos problemas que presenta el cultivo de la tierra.

La agricultura intensiva utiliza gran cantidad de agua y energía y mayor agotamiento de la tierra, debido al aumento de la producción que se traduce en productividad.

Como respuesta a lo que un sector de población considera una agresión al medio ambiente surgió la ecología y agricultura ecológica, aunque existen muchos modelos de agricultura ecológica⁷ por las diversas alternativas existentes debido a la ideología de las diferentes escuelas o corrientes que comparten los objetivos generales de una agricultura que desea cuidar el medio ambiente y la seguridad alimentaria.

En la segunda década del S. XX nació en Italia el concepto de ecología agrícola como ciencia que estudia las plantas, y la relación con el medio⁸.

“La agricultura ecológica es una forma de producción agrícola que utiliza métodos de producción ecológica y pone el mayor énfasis en la protección del medio ambiente y la vida silvestre y, con respecto a la producción ganadera, en las consideraciones de bienestar animal. La producción orgánica implica sistemas integrales de gestión de la producción para cultivos y ganado, haciendo hincapié en las prácticas de gestión en las explotaciones sobre los insumos fuera de las explotaciones agrícolas” (Eurostat, 2020).

⁵Sustancias destinadas a prevenir y controlar durante la producción, almacenamiento, distribución o transporte, plagas que puedan surgir. El Ministerio de agricultura dispone de un registro y control de productos fitosanitarios <https://www.mapa.gob.es/es/agricultura/temas/sanidad-vegetal/productos-fitosanitarios/registro/menu.asp> hay productos fitosanitarios autorizados y otros que están prohibidos en España, aunque los fabrique y exporte a países que tienen permitida su utilización.

⁶Abono para nutrir las plantas,

⁷ C. I. NICHOLLS, M. ALTIERI. “Modelos ecológicos y resilientes de producción agrícola para el siglo XXI”. Agroecología núm. 6. 2012. pp 28-37.

⁸ J. DE LAS HERAS, C. FABEIRO, Y R. MECO. *Fundamentos de Agricultura Ecológica: Realidad Actual y Perspectivas*. U. Castilla La Mancha. 2003:14.

Diferentes autores⁹, han definido la agricultura ecológica, aunque el punto de inflexión donde confluyen todos es la forma de producción protegiendo el medio ambiente y la seguridad alimentaria.

“La agroecología necesita herramientas teóricas vinculadas a una praxis intelectual. Los conceptos que alcanzan el máximo esplendor enfrentada al desarrollo del capitalismo, lo que necesita un nuevo paradigma que, tomando los elementos válidos de los hasta ahora existentes, genere un esquema explicativo global donde los conocimientos acumulados de las ciencias naturales se integren a los de las ciencias sociales”¹⁰.

La agricultura ecológica se fundamenta científicamente en la agroecología como ciencia que estudia la agricultura de forma integradora teniendo en cuenta diferentes aspectos desde agronómicos, técnico, ambientales, económicos, sociales, etc.¹¹ es decir, es la base científica para la agricultura ecológica. En definitiva, la agroecología es aplicar la ecología al manejo del agrosistemas para mantener la sostenibilidad.

“La Agricultura Ecológica es un modo alternativo de entender la práctica agraria que cada vez gana más adeptos en los campos, cualquiera que sea la escala de análisis. En este artículo se pretende una recapitulación de las ideas más importantes que empapan la esencia de este movimiento agro social que es la Agricultura Ecológica y como puede participar a modo de herramienta en la consecución de un mayor grado de desarrollo rural sostenible”¹²

En definitiva, la agricultura ecológica implica una interdependencia en la producción agrícola armonizando factores climatológicos, la tierra, potencia ciclos naturales, aspectos técnicos, naturaleza y su relación con la persona, con interacción y respeto con el medioambiente;

⁹ M. A. ALTIERI. *Agroecology: the scientific basis of alternative agriculture*. Editorial Westview Press, Boulder. 1987.
R. C. CARROLL, J. H. VANDERMEER, Y P. B. ROSET. *Agroecology*. Editorial McGraw-Hill. New York. 1990.
N. LAMPKIN. *Agricultura ecológica*. Editorial Mundi-Prensa. Madrid. 1998.
S. R. GLIESSMAN. *Agroecology: the ecology of sustainable systems, using weed border to manage insect pests in California cauliflower fields*. 2001
J. DE LAS HERAS, C. FABEIRO, Y R. MECO. *Fundamentos de Agricultura Ecológica: Realidad Actual y Perspectivas*. U. Castilla La Mancha. 2003.
NICHOLLS, C. I; ALTIERI, M. A. “Modelos ecológicos y resilientes de producción agrícola para el Siglo XXI”. *Agroecología* núm. 6. 2012. pp 28-37.

¹⁰ E. SEVILLA GUZMÁN. “Hacia un desarrollo agroecológico desde el campesinado”. *Política y Sociedad*, núm. 9. 1991:59. pp 57-72

¹¹ ALTIERI, M. A. *Agroecología. Bases Científicas de la Agricultura* Editorial Alternativa. CETAL. Valparaíso. 1985.

S. R. GLIESSMAN. *Agroecology: the ecology of sustainable systems, using weed border to manage insect pests in California cauliflower fields*. 2001

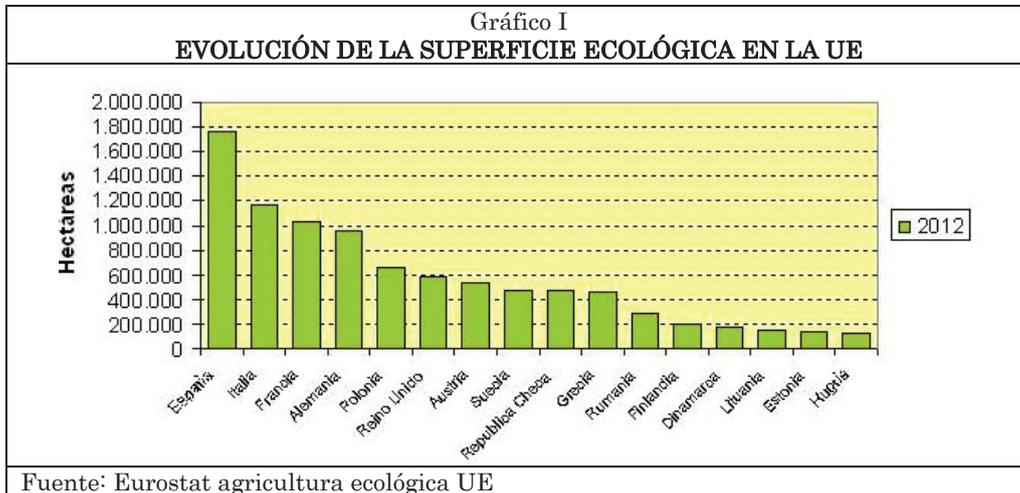
S. R. GLIESSMAN, C. GUADARRAMA-ZUGASTI, V. E. MÉNDEZ, L. TRUJILLO, C. BACON, R. COHEN. *Agroecología: un enfoque sustentable de la agricultura ecológica* ¿qué es la agroecología? Programa interuniversitario oficial de posgrado. UNIA. 2006.

E. SEVILLA GUZMÁN. “Agroecología y agricultura ecológica: hacia una “re” construcción de la soberanía alimentaria”. *Agroecología*, núm. 1. 2006. pp 7-18

¹² X. A. ARMESTO LÓPEZ. “El concepto de agricultura ecológica y su idoneidad para fomentar el desarrollo rural sostenible”. *Boletín de la A.G.E.*, 43. 2007:155. pp 155-177

produciendo alimentos libres de productos contaminantes potenciando los recursos naturales y la eficiencia productiva.

En el grafico I se representa la evolución de la superficie ecológica en la Unión Europea (2012) y que aumenta cada año.



La agricultura ecológica se reguló por el Reglamento (CEE) 2092/91 del Consejo de 24 de junio sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios, donde hacía referencia exclusivamente a la no utilización de productos químicos. Se legisló debido al incremento de demanda y comercialización de productos ecológicos surgiendo como forma de información al consumidor y control de los productos ecológicos.

Posteriormente se legisla y existe una amplia normativa reguladora de la producción ecológica. Desde el Consejo de la UE el Reglamento 2164/2019 de 17 de diciembre sobre producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos deroga la anterior normativa. Aunque la rápida evolución del sector de la agricultura ecológica obliga a legislar constantemente.

El reglamento europeo que regula la producción ecológica sería realmente útil si regulara el impacto ecológico de la producción, algo que no hace, preocupado únicamente por el origen de los insumos. La producción ecológica nos cuesta dinero a todos porque es una práctica subvencionada¹³

¹³ J. M. MULE. *¿Qué es la vida saludable? Mitos y verdades para vivir más y mejor*. J. M. MULE. *Los productos naturales, ¡vaya timo!* Editorial Destino. 2016.
J. M. MULE. *Transgénicos sin miedo. Todo lo que necesitas saber sobre ellos de la mano de ciencia*. Destino. 2017.

Los productos ecológicos responden a un mercado muy específico de consumidores que quieren favorecer y proteger el medio ambiente, desarrollo rural y protección animal.

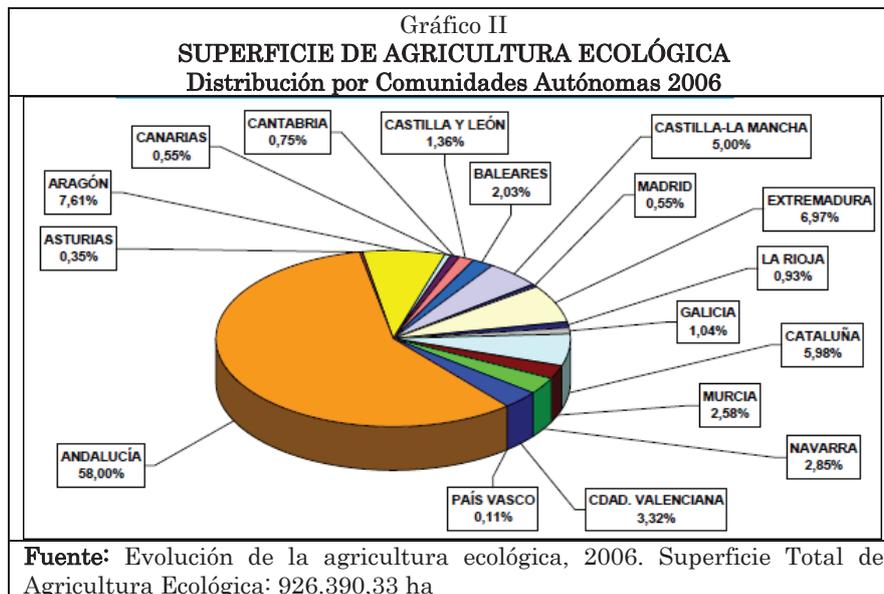
3. VENTAJAS VERSUS INCONVENIENTES DE LA AGRICULTURA ECOLÓGICA¹⁴

Como se ha dicho antes, los avances sociales y tecnológicos desencadenó la agricultura intensiva y en contraposición surge la agricultura ecológica. Ambos tipos de agricultura tiene sus ventajas e inconvenientes.

3.1. Ventajas

La preservación del medio ambiente y las ventajas que puede suponer una alimentación sana es lo que se persigue con la agricultura ecológica.

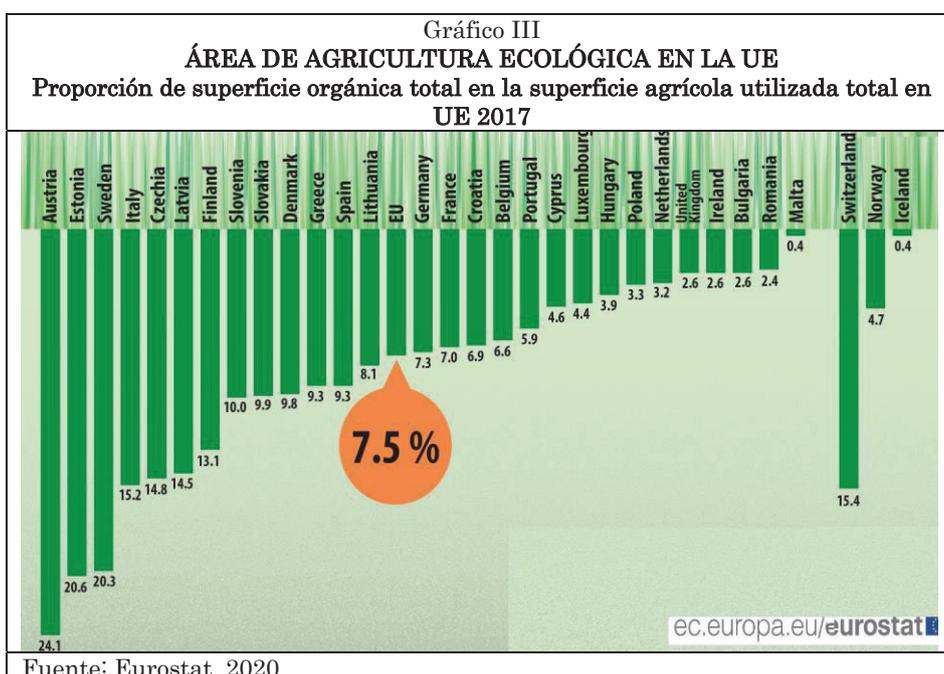
El aumento en las últimas décadas de tierras dedicadas al cultivo ecológico es la apuesta de los defensores de la ecología y de políticas de un sector en algunos casos de izquierda, aunque también por parte de otros sectores políticos.



¹⁴Las autoras no toman partido en ningún sentido, considerando que ciertas cuestiones se deben demostrar científicamente, y a nosotras nos falta esos conocimientos científicos para demostrar en ninguno de los sentidos.

El gráfico II representa la superficie de agricultura ecológica distribuida por Comunidades Autónomas (CCAA), donde Andalucía cultiva aproximadamente la mitad de la producción agrícola ecológica de España.

En el gráfico III, se puede observar el área cultivada de agricultura ecológica en la Unión Europea, donde España representa el 9,3% y la media de la UE representa el 7,5%. Siendo Austria el país de mayor producción ecológica donde este tipo de agricultura representa el 24,1%, seguido de Estonia con el 20,5%, Suecia el 20,3%, Suiza el 15,4% y el país que menor agricultura ecológica cultivan son Malta e Islandia con el 0,4% cada país.

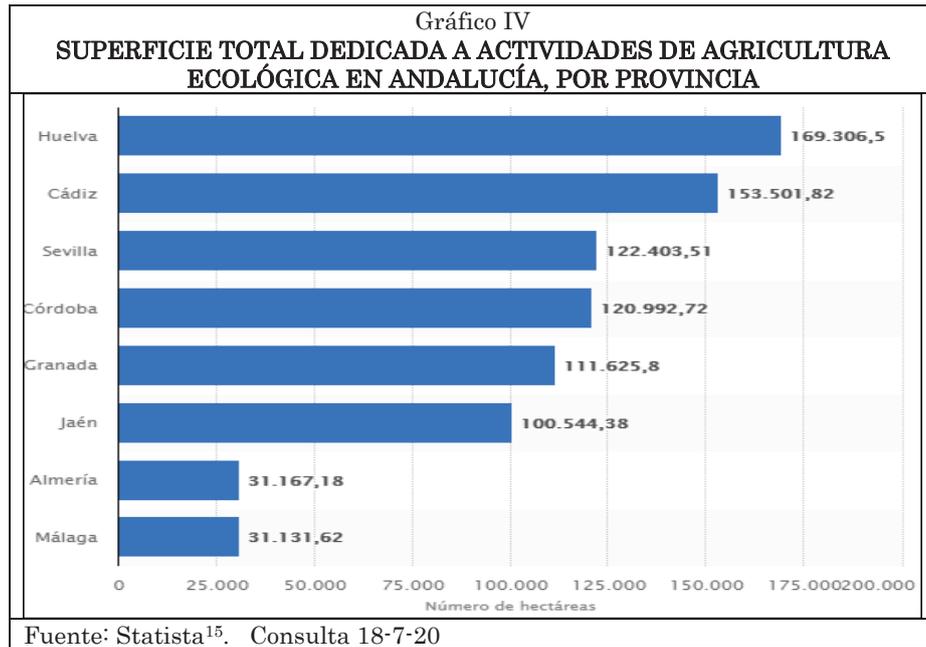


En el gráfico IV se representa la superficie de agricultura ecológica distribuida por Comunidades Autónomas (CCAA), en el año 2018 se puede observar que la superficie ha aumentado y Andalucía, aunque sigue siendo la CCAA que más cultiva agricultura ecológica, ha disminuido su porcentaje, Castilla la Mancha ha pasado de cultivar un 5% a un 18,3% y Cataluña ha duplicado su producción pasando del 5,98% al 9;38%.

España la superficie dedicada al cultivo ecológico, es de más de 2 millones de has. El número de operadores /agricultores se ha incrementado en 5.3%, llegando casi a 44.000. Destaca la superficie dedicada a hortalizas, frutales, subtropicales y plataneras, frutos secos, cítricos y bayas cultivadas.

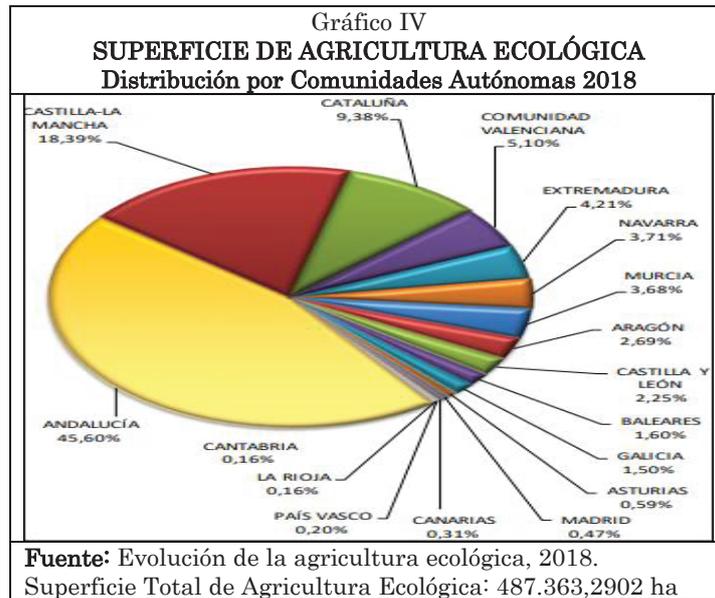
La agricultura ecológica se considera que produce alimentos de alta calidad, se fomentan los ciclos biológicos y agrarios, se regenera el suelo, respeta la materia Orgánica y nutrientes, disminuye la contaminación, etc.

En el Gráfico IV se refleja la superficie total dedicada a actividades de agricultura ecológica en Andalucía, representada por provincia

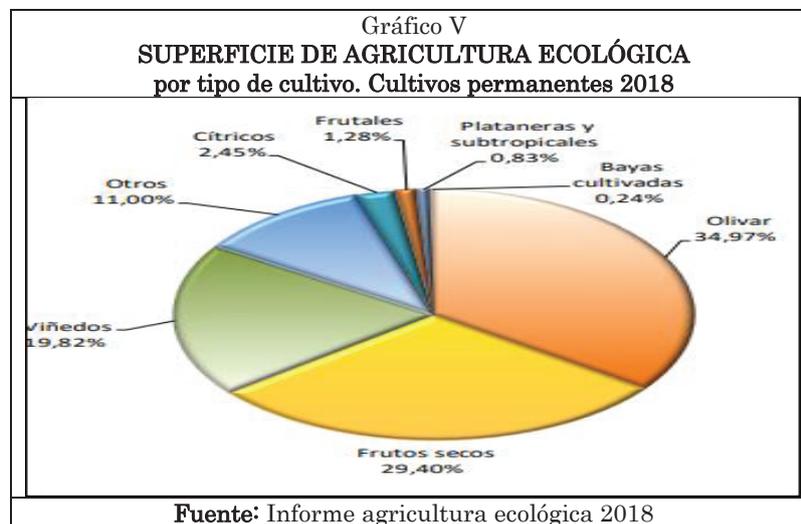


Las superficies cultivadas en agricultura ecológica en España han crecido en el año 2019 más del 7% (INE, 2020) y también en el resto de países a nivel mundial.

¹⁵<https://es.statista.com/estadisticas/972881/superficie-total-dedicada-a-actividades-de-agricultura-ecologica-en-andalucia-por-provincia-en-hectareas/>



Andalucía y Castilla La Mancha son las CCAA donde existe mayor producción de agricultura ecológica en España, entre ambas CCAA se cultiva el 68% de superficie en agricultura ecológica. Existe correspondencia entre producción y transformación de productos ecológicos.



En el gráfico IV se representa la Superficie de agricultura ecológica por tipo de cultivo. Cultivos permanentes (2018), el cultivo del olivar ecológico representa el 34,97%, seguido de frutos secos con el 29,40%; viñedos con el 19,82%, cítricos el 2,45% y otros cultivos minoritarios.

3.2 Inconvenientes

La salud es un bien jurídico protegido y el bien más preciado que tienen las personas, debiendo conservarla en la medida que se encuentre en nuestra mano, porque hay circunstancias que no dependen de nosotros, como puede ser la disposición genética a padecer algún tipo de enfermedad u otras circunstancias inevitables y ajenas a nosotros; no existe ninguna ciencia exacta infalible que proporcione argumentos en ningún sentido. El cuerpo humano no tiene ninguna receta infalible, aunque se pueda hablar de éxitos o fracasos en cada etapa histórica¹⁶. En definitiva, es difícil poder predecir a favor o en contra sobre ciertas cuestiones agrícolas, aunque políticamente nos autodirijan hacia uno u otro sentido sin demasiada certeza en nada. Hay científicos que se atreven a levantar la voz en contra de la agricultura ecológica: Los defensores de la producción ecológica, no han demostrado científicamente que los alimentos ecológicos son nutricionalmente mejores que los producidos convencionalmente.....(.....).... Son prácticamente iguales.(.....).... los alimentos ecológicos no son mejores para la salud que los convencionales”¹⁷

“Si el sueldo no te permite frecuentar la tienda de alimentación ecológica, no sufras. La alimentación ecológica no es más sana, ni es mejor para el medio ambiente ni está más buena. Solo es más pija”¹⁸

Otra de las críticas de los ecologistas se enfoca a los transgénicos, aunque también existen argumentaciones a favor y en contra de ellos. Es importante conocer el significado de transgénico.

“Transgénico es un organismo que en su dotación genética tiene un gen que proviene de otro organismo, mucho organismo transgénico se ha realizado de forma natural por intercambio de la propia naturaleza teniendo en cuenta que el azahar es caprichoso y no se realizaron por manipulación humana como argumentan los ecologistas rompiendo las leyes de la naturaleza. E debe tener en cuenta que el ADN de algunas semillas se puede dañar por diferentes causas provocando mutaciones y no funcionarían agrícolamente. La ingeniería genética permite avanzar en procesos de selección artificial. Fomentar el miedo a los transgénicos podría tener intereses espúreo, aunque su utilización también está en manos de grandes empresas que comercializan semillas”¹⁹. (Mulet, 2016:29).

Históricamente la alimentación se ha manipulado para evitar la selección natural, aunque el hombre va con retraso respecto a la naturaleza, se puede modificar el ADN para mejorar y curar enfermedades. Los primeros alimentos transgénicos se comercializaron en la última década del S. XX, el objetivo tener más y mejores alimentos.

¹⁶ Hace un siglo alguien con una apendicitis fallecía y actualmente se podría decir que es algo casi irrelevante.

¹⁷ J. M. MULE. *Los productos naturales, ¡vaya timo!* Editorial Destino. 2016:15-25

¹⁸ O. citada pp 25

¹⁹ O. citada pp 29

4. METODOLOGÍA

Este trabajo es parte de un estudio más amplio que se ha realizado en las comarcas sevillanas de la Vega y de Écija y dedicado a la agricultura en general, aunque tiene una parte dedicada a la agricultura ecológica con lo que ello conlleva de defensa de la salud y del medio ambiente.

En este estudio que es parte como se ha dicho de otro más amplio solo se incluyen datos de una entrevista en profundidad, aunque se han realizado varias, pero existe saturación de los datos obtenidos.

Se utiliza una metodología cualitativa a través de la técnica de la entrevista en profundidad. Se eligen dos cultivadores de productos ecológicos diferentes para mostrar las diferentes perspectivas que se pueden producir en agricultura ecológica.

Se realizan dos entrevistas en profundidad una a una pequeña productora que vende el producto al comercio local y otra entrevista a un productor de 240 ha que cultiva cítricos, almendras y olivar

5. ANÁLISIS Y LECTURA DE RESULTADOS

No siempre los agricultores ecológicos cultivan pocas hectáreas ecológicas, aunque predominan las pequeñas parcelas. En general suele ser una forma de vida y los comienzos fue una tradición familiar sin ser conscientes de que se trataba de cultivos ecológicos, y quienes regentan estas tierras, además han realizado estudios universitarios y se han orientado al cuidado del medio ambiente.

Los comienzos fueron cultivar sin utilizar productos químicos a pequeña escala para venta en mercados locales y el autoconsumo. Los cultivos ecológicos que labran son hortícolas, de venta totalmente en mercado local, sin interés ni perspectiva de exportación.

“Posee estudios universitarios de pedagogía y fue enfocando su formación hacia educación ambiental, derivando hacia huertos ecológicos escolares. En defensa del cultivo ecológico y sensibilización que es también muy importante para que tenga repercusión económica, posteriormente realiza un master de agricultura y ganadería ecológica y a partir de ahí comenzó a dedicarse a la agricultura ecológica de forma profesional, donde adquiere las técnicas de la agricultura ecológica” (Entrevista 1)

Las ventajas de la agricultura ecológica por una parte el tema medioambiental, se mantiene mejor la estructura de la tierra, la biodiversidad, disminuye la contaminación y sobre todo se aprovecha las semillas propias, hay que sembrar poco porque las semillas que van cayendo nacen de forma espontánea, es una forma de que las plantas crezcan en su ciclo natural.

“El trabajo en la agricultura ecológica esta mejor valorado, se obtiene un precio más justo por el producto, la cercanía a los clientes, existiendo una evaluación continua de las relaciones al ser un contacto directo se comprende más al cliente. La evaluación continua ayuda a mejorar constantemente siendo una ventaja de la agricultura ecológica si te dedicas al comercio de proximidad. También produce mucha satisfacción la cercanía al cliente y cuidando el medio ambiente, además de ofrecer buenos alimentos que es lo que se busca en la agricultura ecológica” (Entrevista 1).

La sensibilización sobre la agricultura ecológica es muy importante y justificándola porque hay quien desconfía siempre, y está la lucha de la sensibilización sobre las bondades de la ecología

“Cultivan aproximadamente ocho hectáreas entre ecológico. Además de la agricultura ecológica también cultivan cereal ecológico que no lo tienen certificado, aunque lo cultivan como si fuera ecológico, produciendo el forraje para su propio ganado que durante el invierno se alimentan de cereales en verde y después del propio forraje que queda se siega y es alimentos, no producen cereal, solo siembran avena y cebada para la alimentación del ganado ecológica” (Entrevista 1)

Entre las dificultades de la agricultura ecológica es la desinformación que distorsiona la realidad, donde las grandes empresas del marketing llegan a mucha gente y sienta las bases a través de cualquier investigador o científico dice algo y se expande rápidamente el marketing lo vende como productos saludables, que lo ecológico es caro y con poco atractivo visual, la imagen no acompaña al producto ecológico.

La PAC va encaminándose a la producción ecológica, aunque muy despacio, direcciona más valoración, aunque después tampoco es tanto el cambio. Existen otros intereses y se pierde lo que se podría llamar la revolución verde. Lo importante es poder dedicarse a un trabajo que cuida el medioambiente, produce satisfacción y tiene repercusión a nivel social.

Para ser agricultor ecológico hay que tener mayores conocimientos que para dedicarse a la agricultura convencional. Para dedicarse a la agricultura ecológica hay que estudiar el medio ambiente, conocer los ciclos de las semillas, climatológicos, insectos perjudiciales y beneficiosos, etc. no existen herramientas que permitan conocer ciertos cambios, en relación a la agricultura tradicional que se aplican productos y se solucionan los inconvenientes, en el sector ecológico no es así.

A los agricultores de agricultura convencional cuando se les pregunta sobre la agricultura ecológica no les convence, sobre todo por la imagen, el ataque de las plagas, etc. y el consumidor es exigente, aunque está claro que un producto ecológico no tiene por qué tener peor calidad que un producto convencional, aunque como inconveniente de imagen es que no está calibrado y se encuentran productos de diferente tamaño, aunque eso no quita para que el producto ecológico tenga una imagen adecuado. Hay que luchar por la imagen y por los beneficios de los consumidores.

Los agricultores ecológicos conocen muy bien el sector son personas muy informada agrícolamente en el sector ecológico.

Cuando se comienza en la agricultura ecológica el suelo necesita un tiempo de regeneración, pero cuando la planta tiene el agua que necesita, la semilla adecuada, se ha desyerbado en el momento adecuado, etc. la producción no tiene por qué ser peor ni tener menos calidad el producto.

“Como productora ecológica niega que los productos ecológicos sean peor, tengan defectos, y peor imagen que los productos de la agricultura convencional. El consumidor debe conocer que existen diversas variedades de los diferentes productos. También el consumidor debe conocer que en ocasiones el suelo no es el que la planta necesita y que el suelo necesita regeneración cuando se consiguen las condiciones adecuadas la producción no tiene por qué ser peor que en la agricultura convencional” (Entrevista 1)

La rentabilidad de la agricultura tradicional no tiene por qué ser mayor que la ecológica y podría ser menos rentable que la ecológica, en la agricultura ecológica se produce mayor gasto en mano de obra, la agricultura tradicional tiene mucho gasto en productos y no salen las cuentas y no se avanza en política tradicional y si no fuera por las ayudas no se podría sembrar, porque los ingresos no cubren gastos. Cada vez tienes que aumentar los gastos invirtiendo en tener un suelo fértil, combatir las plagas, etc. en definitiva, cada vez el gasto es mayor y el mercado está más monopolizado, donde el agricultor no tiene margen de maniobra.

Los agricultores tradicionales son empresarios agrícolas, pero dependen de las circunstancias del mercado y de la cadena de distribución, además de no estar produciendo lo que se tiene que producir y están a expensas de las leyes del mercado. Considerando que a nivel económico la agricultura tradicional produce menor rentabilidad que la agricultura ecológica y a nivel medioambiental es más contaminante y sería necesario un gran cambio en los sistemas de producción para eliminar dicha contaminación.

En la comercialización directa de la agricultura ecológica no suele existir triaje de producto, los consumidores están concienciados y si se le informa respecto a las complicaciones de la

producción debido a las plagas o la climatología, valoran los productos, aunque se puede producir un descuento en el precio si el producto tuviera algún defecto.

“Producen hortalizas²⁰, aceitunas de verdeo, cítricos y plantas aromáticas, cereal, también producen huevos ecológicos y carne ecológica, aunque carece de certificación ecológica debido a la problemática de que los mataderos con certificación ecológica se encuentran bastante alejados²¹. La producción aromática suele producir y comercializar en fresco y en seco, secando también las plantas aromáticas²²” (Entrevista 1).

La agricultura ecológica pasa controles ecológicos cuando tienen la certificación de agricultura ecológica, además de control de sanidad, veterinaria, y otro tipo de controles como del uso de estiércol, etc. son diferentes administraciones quienes controlan y entre ellas no se ponen de acuerdo. Las exigencias para la certificación son muy estrictas y a veces es muy difícil cumplirlos. Existe normativa europea y la española que no permite muchas cuestiones y es muy complicado.

El convencimiento de cultivar ecológico tiene que gustar para solventar las dificultades que conlleva producir productos ecológicos en toda regla.

Los controles y certificación impiden a otros agricultores cambiar de tipo de agricultura debido a tantos impedimentos y tener muy presente la normativa para evitar problemas. A los agricultores ecológicos que comienzan también se les presentan muchas trabas e inconvenientes. No expiden licencia de actividad si no se cumplen los requisitos. La burocracia es el gran problema.

Se proclaman ventajas alimentarias de los productos ecológicos respecto a los productos tradicionales, que no tienen el resto de productos que podrían considerarse productos tóxicos, teniendo un sabor diferente, para cocinarlos necesitan menor cantidad de producto, debido a que tiene menor cantidad de agua, etc. y poseen mayor cantidad de vitaminas.

Una familia puede vivir del cultivo ecológico dependiendo de la diversificación de los productos que siembren. No tiene nada que ver si habla de producción de cítricos o de producción de hortalizas. Las hortalizas tienen mayor margen y el mercado local está más desarrollado que el mercado de cítricos. También la producción de huevos tiene margen económico porque están muy bien valorados por el consumidor.

“Con la producción de una hectárea y media de hortalizas puede vivir una familia y en contraposición la producción de cítricos para vivir una familia necesita al menos siete hectáreas. Tanto los cítricos como la aceituna los venden a una distribuidora de productos ecológicos local” (Entrevista 1).

²⁰ Huerto donde se siembran a menor escala, pueden ser frutas, hortalizas, etc.

²¹ Aves, corderos, etc.

²² Albahaca, romero, cilantro, yerbabuena,

Andalucía representa aproximadamente la mitad de la producción de la agricultura ecológica en España y los agricultores que producen productos ecológicos están super-convencidos de sus bondades para la economía, las ventajas medioambientales y la salud alimentaria.

“El problema de los agricultores que cultivan ecológico es que te tiene que gustar porque sino estás todo el día sufriendo” (Agricultor, 2).

Se seguirá potenciando la agricultura ecológica debido al medioambiente, y de la seguridad alimentaria.

En el Cortijo El Puerto²³, según manifiesta su gerente utilizan agricultura ecológica de precisión para lo que manejan drones para la inspección de la tierra, control de aguas, suelo, coloración de los árboles, otras tecnologías, ensayos de semillas para cubiertas vegetales, etc.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

A pesar de que España es uno de los países de la UE que mayor porcentaje de agricultura ecológica cultiva, en comparación con la agricultura tradicional e intensiva, es un tipo de agricultura minoritaria y con poca actividad la que se dedica a la agricultura ecológica en dichas comarcas.

La PAC orienta las ayudas a incrementar la producción ecológica, aunque existen intereses espúreos que dependiendo de las orientaciones de los investigadores inclinan la balanza hacia uno u otro lado.

La agricultura ecológica en Andalucía representa aproximadamente la mitad de la producción de la agricultura ecológica en España.

Los productores de agricultura ecológica son firmes defensores del trabajo que realizan y consideran que es un sector que debe estar más preparado para producir que los agricultores que cultivan productos de agricultura tradicional e intensiva.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALTIERI, M. A. *Agroecología. Bases Científicas de la Agricultura* Editorial Alternativa. CETAL. Valparaíso. 1985.

C. I. NICHOLLS, M. ALTIERI. “Modelos ecológicos y resilientes de producción agrícola para el siglo XXI”. *Agroecología* núm. 6. 2012. pp 28-37.

²³ Cortijo del término municipal de Lora del Río perteneciente a la Comarca de La Vega del Guadalquivir. www.cortijoelpuerto.com

E. SEVILLA GUZMÁN. “Agroecología y agricultura ecológica: hacia una “re” construcción de la soberanía alimentaria”. Agroecología, núm. 1. 2006. pp 7-18

E. SEVILLA GUZMÁN. “Hacia un desarrollo agroecológico desde el campesinado”. Política y Sociedad, núm. 9. 1991. pp 57-72

INFORME SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CALIDAD DIFERENCIADA Y PRODUCCIÓN ECOLÓGICA. Estadísticas de agricultura ecológica. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Madrid. https://www.juntadeandalucia.es/export/drupalajda/2018_mapama.pdf 2019.

INFORME. Caracterización del sector de la producción ecológica española en términos de valor y mercado. Editado por Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (MAGRAMA), Madrid. 2015.

INFORME. Evolución de la agricultura ecológica (1991-2006). Editado por Ministerio de agricultura, pesca y alimentación. 2006.

J. DE LAS HERAS, C. FABEIRO, Y R. MECO. *Fundamentos de Agricultura Ecológica: Realidad Actual y Perspectivas*. U. Castilla La Mancha. 2003.

J. M. MULE. *¿Qué es la vida saludable? Mitos y verdades para vivir más y mejor*.

J. M. MULE. *Los productos naturales, ¡vaya timo!* Editorial Destino. 2016.

J. M. MULE. *Transgénicos sin miedo. Todo lo que necesitas saber de ellos y de la ciencia*. Editorial Imago Mundi. 2017.

J. M. MULE. *Transgénicos sin miedo. Todo lo que necesitas saber sobre ellos de la mano de ciencia*. Editorial Destino. 2017.

M. A. ALTIERI. *Agroecology: the scientific basis of alternative agriculture*. Editorial Westview Press, Boulder. 1987.

N. LAMPKIN. Agricultura ecológica. Editorial Mundi-Prensa. Madrid. 1998.

NICHOLLS, C. I; ALTIERI, M. A. “Modelos ecológicos y resilientes de producción agrícola para el Siglo XXI”. Agroecología núm. 6. 2012. pp 28-37.

R. C. CARROLL, J. H. VANDERMEER, Y P. B. ROSET. Agroecology. Editorial McGraw-Jill Pub. New York. 1990.

S. R. GLIESSMAN, C. GUADARRAMA-ZUGASTI, V. E. MÉNDEZ, L. TRUJILLO, C. BACON, R. COHEN. *Agroecología: un enfoque sustentable de la agricultura ecológica” ¿qué es la agroecología? Programa interuniversitario oficial de posgrado*. UNIA. 2006.

S. R. GLIESSMAN. *Agroecology: the ecology of sustainable systems, using weed border to manage insect pests in California cauliflower fields*. 2001

X. A. ARMESTO LÓPEZ. “El concepto de agricultura ecológica y su idoneidad para fomentar el desarrollo rural sostenible”. Boletín de la A.G.E, 43. 2007. pp 155-177

TESTAMENTIFICACION EN TIEMPOS REVUELTOS: ESPECIAL CONSIDERACION DEL TESTAMENTO EN CASO DE EPIDEMIA

TESTAMENT IN TROUBLED TIMES: SPECIAL CONSIDERATION OF THE WILL IN CASE OF EPIDEMIC

María Jesús López Frías
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2020
Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2020

RESUMEN: El temor y la inseguridad que la Covid 19 ha instaurado en nuestra sociedad ha hecho que se produzca un mayor interés por las formas de dejar asegurada nuestra voluntad patrimonial y personal para el caso de que faltemos. Con este estudio se trata de analizar con qué posibilidades y fórmulas cuenta el testador en estos tiempos difíciles teniendo en cuenta que el testamento en caso de epidemia, aunque hasta ahora no se haya utilizado, es una posibilidad más que se abre ante el sujeto a la que podrá acceder según en qué circunstancias se encuentre y que no se puede descartar.

ABSTRACT: The fear and insecurity that Covid 19 has established in our society has led to a greater interest in methods to ensure our personal and financial will in case we are absent. This study tries to analyze what possibilities and formulas the testator has in these tough times, taking into account that the will in the event of an epidemic, although it has not been used until now, is one more possibility for the subject to which they can access depending on the circumstances they are in and that cannot be ruled out.

PALABRAS CLAVE: Testamentos. Tiempo de epidemia.

KEYWORDS: Succession. Wills. Epidemic time.

SUMARIO: I. Introducción. II. La conveniencia o no de testar en determinados casos. Problemas de capacidad. III. La opción de testar en tiempos difíciles: el testamento en caso de epidemia. IV. Otras posibilidades: el testamento en peligro inminente de muerte y el testamento ológrafo. V. La necesaria intervención notarial en estos testamentos. VI. Necesidad de modernización y adaptación de las formas testamentarias a los nuevos tiempos. VII. Reflexiones finales. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Si hay algo que hemos aprendido en estos últimos tiempos es que somos muy vulnerables. El gran avance científico y técnico de los últimos años se ha puesto en entredicho por un virus que se adhiere a las células del tracto respiratorio especialmente aunque afecta también a otros órganos. Nadie podía imaginar lo que se ha vivido en estos meses. Nos habían contado o habíamos estudiado las pandemias que la humanidad ha vivido a lo largo de la historia. Pero nada más lejos de nuestro modo de vida moderna y actual. La gripe de 1918 era la última gran epidemia global. Pequeños brotes de enfermedades infecciosas, como la gripe aviar o gripe A, no quedaban más que en sobresaltos que rápidamente desaparecían. No, nada como lo vivido con el astuto y peligroso covid 19. La humanidad está pasando miedo, su orgullo se ha visto pisoteado; los enfermos, muchos, muchísimos, han estado solos, aislados...a algunos ni siquiera se les ha podido atender en condiciones y la situación continúa. Impensable en el siglo digital, tecnológico y super avanzado en el que creíamos vivir. Esta situación por la que estamos pasando nos ha hecho pensar en muchas cosas. Quizá la primera es que me puede tocar a mí y quizás no de una forma leve o pasajera. Pero el hombre, vencido el miedo inicial, tiende por propia naturaleza a preocuparse por los que tiene a su lado: las muestras de solidaridad de la población en general con ayuda, trabajo de voluntariado o con aportaciones dinerarias se han sucedido de continuo. Si esto es así en general, con la familia y allegados la preocupación se hace más intensa. Y una de las primeras cuestiones que se ha planteado la población es si debe dejar arreglados todos sus asuntos terrenos, que muchas veces están liados, y evitar -en la medida de lo posible- discusiones entre las personas que más se quiere o son más cercanas. Por ello con este trabajo se pretende analizar, desde lo que hemos vivido y seguimos viviendo, la necesidad o no de hacer testamento, ordenando cuestiones que el día de mañana pueden dar problemas¹ y ver cuál son los cauces, las formas, que se pueden emplear.

II. LA CONVENIENCIA O NO DE TESTAR EN DETERMINADOS CASOS. LA CUESTIÓN DE LA CAPACIDAD

Quizás lo primero que una persona se ha de preguntar es si merece la pena o no hacer testamento pues la ley suple la falta de voluntad testamentaria. Pero nuestro propio Derecho de sucesiones considera como principio preferente el que se haga testamento, siendo siempre la sucesión intestada el último recurso. El legislador prefiere que el sujeto manifieste sus últimas voluntades e intenta mantenerlas y solo en el caso de que aquellas no existan o sean de imposible cumplimiento entran en aplicación las normas abintestato que tratan de ser lo más lógicas posible, llamando a los parientes más próximos del causante². Pero debe quedar claro que la afirmación de que el testamento es un absurdo debe ser claramente rechazada³.

Realmente la casuística puede ser muy diversa. Según los parientes que dejemos uno puede considerar que no hace falta testar, siempre que sea a esos parientes a quienes

¹ En muchas ocasiones a lo largo de la historia se ha puesto de manifiesto esta necesidad. Valga por ejemplo este fragmento del libro de Isaías (38, 1-6. 21-22. 7-8) “En aquellos días el rey Ezequías enfermó mortalmente. El profeta Isaías, hijo de Amós, vino a decirle, esto dice el Señor: “pon orden en tu casa porque vas a morir y no vivirás”. Haz testamento porque vas a morir sin remedio y no vivirás”-

² Aunque es verdad que en los últimos tiempos se ha considerado a nivel doctrinal la necesidad de revisar el llamamiento al cónyuge antes que a los padres si el causante muere sin hijos porque quizás esté en peor condición que aquellos y porque la unión de los cónyuges, pese a lo que pueda parecer, se hace aún más intensa que la de los ascendientes.

³ MONEVA Y PUYOL recuerda que “el testamento puede ser un acto de buen régimen de su casa, no diferente a otros actos normales y corrientes con que la gobernaba cada día. Los males de la institución testamentaria no son ella misma, sino el desacierto con que muchos la usan, ya soberbios por ejercer una potestad; ya injustos por usarla en preferencias indebidas, ya desmañados por el modo de distribuir los bienes o de precaver posibles males. No es más difícil a un padre de familia otorgar un acertado testamento que regir bien en cada instante su casa y su patrimonio”. Epílogo a la obra de MAYNAR BARNOLAS: *El testamento es un absurdo*. Madrid, 1948, pág. 116.

se quiere que vayan a parar los bienes. Así una persona soltera cuyos parientes más próximos sean sus hermanos puede considerar que el testamento es un instrumento prescindible. Quizá lo que no sepa, o si lo sabe no le importe tanto, es que luego esa falta de forma testamentaria ha de suplirse con la declaración de herederos, mucho más costosa que el testamento en sí, que será sufragada con los bienes que deje.

Ahora bien, si el causante tiene una situación familiar más compleja, la declaración testamentaria adquiere tintes de solidaridad. Junto a hijos (que puedan tener necesidades especiales) o cónyuge que haya de quedar en una situación comprometida, dada la escasez de la legítima, existen otras disposiciones que, sin carácter patrimonial, pueden resolver muchos y graves problemas. En el testamento, como nos dice el Código civil, se puede reconocer un hijo (art. 120 Cc.), se pueden nombrar albaceas que velen por la voluntad testamentaria (art. 892 y ss Cc.), se pueden hacer disposiciones sobre sufragios y funerales (art. 902 Cc.) pero sobre todo se puede nombrar tutor a los menores de edad (art. 223 Cc.). Quizá los padres jóvenes no caen en la posibilidad de que sus hijos queden huérfanos, sinceramente no se representan esta situación. Pero no todo el mundo muere de viejo y son muchas las ocasiones en que la situación de menores sin padres (fallecidos por accidente, enfermedad etc...) se produce. Al dolor de la pérdida se une el hecho constatado de que o bien nadie se quiera hacer cargo de ellos o bien, por el contrario, todos quieran cuidarlos produciéndose, en este último caso, un desgarró aún mayor por las peleas que se pueden dar entre los familiares de los menores.

Pues bien, es recomendable a los padres con hijos menores el otorgamiento de este documento... “si es que no tenemos nada, solo contamos con nuestro sueldo, casa alquilada, un coche ya antiguo...” se oye decir. La respuesta es clara, corta y contundente. Tenéis el tesoro mayor del reino al que hay que proteger, si faltáis, que son vuestros niños.

Por tanto, es bueno que se conozca y difunda que el contenido del testamento no se circunscribe en modo alguno a las disposiciones de contenido patrimonial sino que puede ser un documento valioso para otros muchos menesteres⁴.

Lógicamente la conveniencia de testar lleva como equipaje que se pueda realizar porque haya capacidad para ello. Esta es una importante piedra de toque. No pueden testar todos aquellos que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio. Y el problema de la capacidad es una de las cuestiones que más ha preocupado a la jurisprudencia, a la doctrina y, específicamente, al notariado. Este problema se agudiza, si cabe, en situaciones extremas como las que hemos vivido estos meses atrás y que seguimos padeciendo, no se sabe hasta cuándo. La tensión nerviosa vivida o la ansiedad, son situaciones que hacen al hombre vulnerable y que pueden incidir en su voluntad, en este caso, sobre sus últimas voluntades. Si esto ocurre en circunstancias normales, con más motivo en situaciones de absoluta incertidumbre. La determinación de la capacidad de saber, entender y querer lo que se hace es la base de la testamentifacción.

Parece claro que cuando tenemos un testamento abierto ante notario, el juicio de éste sobre capacidad implica una presunción de veracidad que solo queda desvirtuada en juicio. Lógicamente el notario no es un facultativo entendido en cuestiones psíquicas o neurológicas pero sí que puede, con “la entrevista” previa al otorgamiento de un testamento, determinar la situación mental consciente del otorgante en torno a lo que quiere, cómo lo quiere, respecto de quién lo quiere y la finalidad o motivo por lo que se manifiesta en ese sentido. La jurisprudencia ha dado siempre gran valor a ese juicio notarial de capacidad⁵. Por lo tanto y ya desde el principio dejamos claro que el testamento ante notario es la opción más clara, segura y recomendable si queremos dejar plasmada nuestra última voluntad.

⁴ En este sentido puede verse, FERNÁNDEZ DEL MORAL: *Autonomía privada y testamento en derecho común. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas*. Granada, 1996

⁵ Así se pueden mencionar, como muestra, las SSTs 20/2015 de 22 de Enero; 26 de junio 2015 3123/2016 de 7 de julio; 146/2018 de 15 de marzo

Y efectivamente, si esto es así respecto al testamento notarial, no ocurre lo mismo con respecto a los demás testamentos en los que falta la apreciación de dicha capacidad por persona jurisperita, lo que multiplica exponencialmente los problemas sobre su validez a cuenta de la falta de juicio para otorgar este acto y no solo en caso de personas de edad avanzada sino en cualquier situación de necesidad, ansiedad o urgencia (testamentos ológrafos, en peligro inminente de muerte, en caso de epidemia...). El principio es el “favor testamenti” pero una demanda acerca de que el otorgante no se halle en su cabal juicio en ese momento se hace altamente probable.

Por lo tanto si se elige la más recomendable opción de la realización de testamento, la cuestión de la capacidad es premisa fundamental para ello (y esta se aprecia, como se ha dicho, con presunción de verosimilitud, en el testamento notarial). Pero el Ordenamiento reconoce otras formas que, aunque cuenten con menores garantías a priori, pueden constituir una posibilidad más para determinados sujetos y que no hay desdeñar.

III. LA OPCIÓN DE TESTAR EN TIEMPOS DIFÍCILES: EL TESTAMENTO EN CASO DE EPIDEMIA

En la primera quincena de marzo de 2020 asistimos horrorizados a la extensión por el mundo de la llamada Covid 19. El virus paralizó casi de golpe al mundo e inundó de miedo y de enfermos las casas y los hospitales. En ellos, además, la soledad y el aislamiento incrementaron exponencialmente el dolor y la incertidumbre por el devenir. De ahí que, en muchos casos, sanos y enfermos pensarán en poner en orden sus ideas, sus bienes y sobre todo, como antes se decía, dejar fijada su voluntad mortis. La cifra de fallecimientos era cada vez más elevada. Desde el momento del establecimiento del estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, a muchos de nosotros se nos vino a la cabeza la figura “propia de tiempo antiguos y que en muchos casos no se sabía cómo subsistía” del testamento en caso de epidemia. Claro que para cumplir esa misión, la existencia de otras fórmulas era igualmente posible. La cuestión era si se utilizaría esta forma en esta ocasión o no, si ofrecía ventajas sobre las otras fórmulas o no. Hay que dejar claro e insistir que el testamento abierto notarial es la mejor fórmula para testar, si se puede, y que no es una cuestión baladí en algunos casos por lo que “no importa que aún sea uno muy joven para eso”. Pero, en todo caso, conviene echar una mirada a todas las fórmulas que ofrece nuestro Ordenamiento porque a pesar de que algunas parezcan trasnochadas puede que sirvan a los intereses y a la situación de alguna persona. Nada más que por ello merece la pena intentar aclarar conceptos y plantearnos interrogantes que nos acerquen más al estudio de formas de testamentifacción poco o nada frecuentes hasta ahora pero que pueden serlo o pueden servir para que nos replanteemos la necesidad de proceder, de una vez, a la reforma y modernización del Derecho de sucesiones.

Desde luego el testamento en caso de epidemia es la forma testamentaria más específica para estos tiempos revueltos. Verdaderamente la doctrina siempre había estudiado esta clase de testamento abierto, sus presupuestos y peculiaridades al otorgarse y al extinguirse pero sin aval práctico jurisprudencial; de hecho en los distintos comentarios jurisprudenciales al Código civil, al llegar al art. 701, se encuentran expresiones tales como “sin jurisprudencia relevante”... y la escasa jurisprudencia de los artículos siguientes viene referida, en realidad, a otros tipos de testamentos.

El profesor LACRUZ BERDEJO afirmaba que “hoy en nuestro país solo una catástrofe inmensa podría desencadenar una epidemia con la intensidad y duración que parece requerir la ley”⁶. Pues bien, esa catástrofe inmensa e intensa ya la tenemos aquí. Tratemos de ver qué ventajas⁷ en estos tiempos conllevaría esta forma de testar teniendo en cuenta los presupuestos legales que se deben dar y que conviene analizar:

⁶ Derecho de sucesiones, Madrid, 2001, pág. 284.

⁷ En cuanto se produjo esta situación que padecemos aparecieron varios artículos recordando la figura, realmente nada utilizada, de este tipo de testamento. Junto a ellos, han aparecido también otras voces críticas con esta

a). -La primera expresión que encontramos es que ha de darse “en caso de epidemia”, es lo que principalmente exige el Código civil. Este enunciado de la situación dio lugar, desde el primer momento de la promulgación del mismo, a la discusión acerca de si era más acertado hablar de “en tiempo de epidemia” para comprender así dentro de este testamento “privilegiado” a las personas sanas y enfermas. Y es que, como afirmaba MUCIUS SCAEVOLA, el derecho acude a favor de todos aquellos que sufren en un orden o en otro las consecuencias del mal reinante; ya realmente se encuentren bajo el imperio del contagio, ya se encuentre por de pronto libre de él. Y así añade este autor, si el testador se encuentra en peligro de muerte ya tiene otra forma privilegiada prevista⁸. Por lo tanto el precepto no se refiere a casos individuales de contagio sino al tiempo o época en que se está sufriendo la epidemia y por ello no es necesario que el testador haya contraído la enfermedad en ese momento. En general toda la doctrina está de acuerdo con esta interpretación⁹.

Otra cuestión relacionada con el supuesto de hecho de la norma es si es necesaria la declaración oficial del estado de epidemia. Como sabemos el estado de alarma se decretó en España el 14 de marzo de 2020 (RD 463/2020). La OMS declaró la pandemia, a través de su director en rueda de prensa, el 11 de marzo, pero ya antes se tenían conocimientos claros de la voracidad de la enfermedad, ya estaba extendida por medio mundo¹⁰. En el hipotético caso de que se hubieran otorgado testamentos de esta clase en aquellos momentos, ¿serían nulos?

Es quizá una pregunta retórica porque nadie sabía con claridad de la situación que se nos venía encima ni sobretodo se conocía esta forma de testar propia de tiempos remotos. Pero lo cierto es que, aun teóricamente, el supuesto de hecho se daba y realmente la lectura de la norma no exige que aquella declaración se tenga que producir. Lo normal, además, es que los reconocimientos oficiales de estas situaciones alarmantes no se produzcan de inmediato para “no preocupar” a la población. Suelen llegar siempre tarde. Por lo que se dejaría sin esta posibilidad a un sector de la población que se ha contagiado o que está viviendo las consecuencias de la misma mientras no se declare tal estado. Como se decía, la pandemia fue declarada por la OMS el 11 de marzo 2020¹¹ cuando ya el virus se había propagado de China a Italia y España. Es claro que el estado de alarma, que se decreta en España el 14 de marzo, es para impedir la propagación del virus limitando derechos fundamentales, con fines sanitarios y administrativos/procesales pero la enfermedad ya estaba mucho antes con nosotros. Otro tanto ha ocurrido ahora con el estado de alarma recogido en el RD 926/2020 de 25 de Octubre 2020 para dar cobertura al toque de queda y a las medidas que puedan adoptar las Comunidades Autónomas prorrogado por 6 meses, hasta el 9 de mayo de 2021, por RD 956/2020.

Ciertamente algunos autores se han decantado, al estudiar este tema, por la necesidad de la declaración oficial tanto del inicio de la misma como de su término, teniendo en cuenta los plazos que exigen los arts. 703 y 704 Cc, dada la dificultad de la “verificación

posibilidad testamentaria considerándolo una figura poco eficaz en relación a otras formas como el ológrafo, dado el gran inconveniente de la falta de información de los requisitos necesarios para su validez en relación sobre todo a los testigos. Así, Vid. Serrano Chamorro, “Covid 19. “Testamento ológrafo. Testamento ante testigos”. *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216vol. VII, núm.4 (julio-septiembre, 2020), pág. 289. Pero pensamos que hay que considerarla como una posibilidad más, muy interesante en estos tiempos sin perjuicio de que, efectivamente, un plus de información en “la era de la comunicación” no estaría de más en estos temas. Prescindir de mecanismos específicamente pensados para estos momentos no es adecuado si a alguien le puede ser de utilidad, lo que hay que hacer es informar sobre todo lo que pueda ayudar en tiempos revueltos teniendo en cuenta la ayuda que pueden suponer los soportes que menciona el art. 64 de la Ley del Notariado.

⁸ MUCIUS SCAEVOLA: Comentarios al código civil t. 12, Madrid, 1896, pág. 478

⁹ GONZÁLEZ PORRAS recoge la posición doctrinal generalizada en este sentido. Vid. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dir. Manuel Albaladejo, Tomo IX, Vol.1º-B. Artículos 694 a 705 del Código Civil. Ed. Edersa, Madrid, 1987, pág. 240.

¹⁰ <https://www.who.int/es/news-room/detail/29-06-2020-covidtimeline>. En este enlace se puede ver la cronología de la respuesta de la OMS a la Covid 19, que comienza el 31 de diciembre de 2019.

¹¹ <https://elpais.com/sociedad/2020-03-11/la-oms-declara-el-brote-de-coronavirus-pandemia-global.html>.

si no hay un día inicial y final de declaración o cese de la epidemia”¹². Creemos que hoy en día esta objeción no sería tal. El comienzo de un brote en China, que se iba extendiendo, venía anunciándose por la OMS hasta que se declaró oficialmente. Lamentablemente, el tiempo de epidemia existía de forma claramente demostrable ya antes de la fecha oficial. Por tanto si somos rigoristas en cuando a la necesidad de declaración podríamos dejar fuera situaciones que caerían dentro de la norma. Por otro lado, ¿qué pasa con el plazo final? ¿Cuándo se va a entender que ha terminado la pandemia? Aún la sufrimos, los brotes y contagios no han parado de sucederse. La pandemia que vivimos aún no se ha vencido, se nos anuncia, y llega, una segunda y tercera ola y meses difíciles. La alarma sanitaria sigue existiendo; hay confinamientos en pueblos, toques de queda, restricciones en las ciudades... El final se podrá determinar cuando la cifra de muertes y contagios ya no sea tan elevada, exista vacuna o tratamiento específico convirtiéndose en una enfermedad común más. Por tanto, en los lugares donde el brote surja, ahora mismo en toda España, está claro que hay tiempo de pandemia¹³. Es seguro, por otro lado que será también la OMS la que declare su finalización...y no sabemos cuándo ocurrirá esto. En todo caso contamos con una gran cantidad de información pormenorizada (incluso por pueblos, provincias y comunidades) y podemos seguir al detalle cual es el desarrollo de la pandemia en cada lugar, si allí se ha mejorado o erradicado a pesar de que en otros lugares subsista. Así, consideramos que si llegado el caso de verificar si ha caducado o no un testamento de este tipo (por no presentarse a su protocolización, por ejemplo) o sea si se presentara la duda sobre la eficacia del mismo, en cuanto al computo, los tribunales tendrían mecanismos para resolver, porque es mucha la información y son muchos los datos de que van a poder disponer y no solo de la declaración de la OMS, aunque lógicamente esta será fundamental.

En lo que se quiere incidir en este momento es en algo que se ha puesto en duda: parece que se ha entendido que esta forma de testar va aparejada al estado de alarma que impide la movilidad del sujeto, de manera que solo durante dicho estado de alarma, si se entiende que otorgar testamento notarial no es una actuación urgente, se puede pensar en esta forma testamentaria¹⁴. No creemos que esto sea así. El precepto nada dice. Tampoco la Propuesta de Código civil de la Asociación de profesores de derecho civil que recoge, en el artículo 462-32, este testamento con una redacción idéntica a la existente hoy en día. Es cierto que lo más eficaz y aconsejable es el otorgamiento de un testamento notarial, no dejaremos de decirlo, pero esta posibilidad se establece para casos extraordinarios mientras se dé la epidemia. No olvidemos que el estado de alarma restringe derechos por razón de sanidad pero no declara la existencia de la pandemia ni modifica el art. 701 del Cc en el sentido de que, solo en este caso y porque no se pueda acudir a la notaría, se produzca el supuesto de hecho de esta clase de testamento¹⁵. Entendemos que mientras haya tiempo de epidemia, existe esta posibilidad¹⁶.

¹² Así, LÓPEZ-GALIACHO PERONA en <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/20/la-rabiosa-actualidad-del-testamento-en-caso-de-epidemia/>

¹³ Y es que efectivamente el estado de alarma, en sí, es una situación limitada en el tiempo. Pero la alarma sanitaria sigue y puede ampararse en la Ley 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en la ley14/1986 General de Sanidad y en la Ley 33/2011 General de Salud Pública. Está claro que hay constatación de la cantidad de países con transmisión comunitaria sostenida. Por otro lado parece claro que la OMS también hará la declaración correspondiente. La última pandemia que se declaró, la de la gripe A, en junio de 2009 tuvo su declaración final en agosto de 2010 con 144 fallecidos.

¹⁴ Así De la Fuente Sancho, considera que esta forma de testar solo sería posible bajo el estado de alarma. De hecho este autor determina la caducidad de los testamentos otorgados durante el estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/informes-mensuales-o-n/informe-oficina-notarial-marzo-2020-testamento-en-tiempo-de-epidemia-y-olografo#practica>

¹⁵ En este mismo sentido de diferenciar estado de alarma y la situación de epidemia, Vela Sánchez afirma que “A mi modo de ver, en nuestro caso actual, habría que diferenciar entre la declaración del estado de alarma — establecido formalmente conforme al art. 116. 2º CE y su posible cese, y la subsistencia de la situación de epidemia... Por tanto, entiendo que mientras esta, más que epidemia, pandemia mundial, no esté controlada médicamente se debería mantener abierta la posibilidad de acudir al estudiado testamento en caso de epidemia del mencionado artículo 701 CC. “El testamento en tiempo de epidemia. Cuestiones esenciales”. La ley. 17/4/2020

¹⁶ Hay un dato que me parece fundamental en este sentido. La primera declaración de estado de alarma con sus prórrogas finalizó en junio de 2020 y el nuevo estado de alarma se produjo en octubre del mismo año. ¿Qué pasó en los meses de verano? ¿No había epidemia? ¿No sería valido un testamento de estas características otorgado en aquellos momentos? Objetivamente seguía la pandemia. No se puede vincular la declaración de la epidemia al

b).-Muy en relación a lo mencionado anteriormente, el siguiente presupuesto al que hace referencia el Código civil es el relativo a que se realiza sin la intervención de notario. Efectivamente estamos aquí ante un testamento abierto especial no notarial. En este testamento no sería precisa la asistencia del notario para su validez. Se trata de situaciones especiales en que la enfermedad o el miedo al contagio llevan a testar. Así podría parecer que es un paso que aligeraría el otorgamiento de las últimas voluntades. Entendemos que el legislador está pensando en lo dramático de la situación y en la angustia de los sujetos (piénsese sin ir más lejos en el marzo/abril profundo del 2020 que hemos vivido o a la nueva ola a la que nos estamos enfrentando este otoño incierto).

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que al fedatario puede no permitírsele el paso a zonas especiales de hospitales donde se encuentren los enfermos aislados¹⁷. Además, durante el estado de alarma, solo eran posibles las actuaciones urgentes (la cuestión es, como ya se ha dicho, si el otorgamiento del testamento ante notario es un acto al que se le puede predicar esta nota¹⁸). Es cierto que si el notario se puede desplazar o las notarias están abiertas, parece que no tiene sentido prescindir de su intervención, a no ser que el miedo al contagio sea paralizante y el sujeto no quiera que nadie entre o salga de su casa y prefiera- por ejemplo- dictar sus disposiciones a tres vecinos de su edificio en las escaleras, o dejarlo por escrito a estos. No olvidemos que muchos barrios o pueblos tienen, por el número de casos, además confinamientos específicos. Pero es que, en todo caso, realmente el art. 701 Cc no menciona, como requisito, que no sea posible la intervención del notario. Insistimos cuesta pensar que se redacte un testamento sin intervención notarial siendo esta posible porque la falta del fedatario público supone una merma de garantía, de autenticidad y de asesoramiento técnico. Pero la opción está abierta en estas circunstancias y tanto es así que la doctrina se manifiesta categóricamente en el hecho de que “no se ha de exigir la concurrencia de notario, aunque fuera posible, ni acreditar el motivo que lo había en su caso, impedido”¹⁹, lo contrario que cuando estamos en un testamento en peligro inminente de muerte²⁰.

c).- En tercer lugar, ha de realizarse ante tres testigos mayores de 16 años. Rebaja el Código la manifestación que ha de hacer el testador ante tres personas a los que no añade, como en el testamento en peligro de muerte, la cualidad de idóneos. Quizá por la situación de gravedad que presenta para toda la población la situación de pandemia. Se requiere que se recoja la voluntad sin que un mayor número de personas pueda estar en contacto y quedar contagiados. Pero estos testigos, salvo el requisito de la edad (16 años), deben de reunir las condiciones mínimas para identificar al testador, ver en qué estado se encuentra, entender la trascendencia del acto que se lleva a cabo y escribir o retener en la memoria lo que se

estado de alarma, sería insostenible además de que el Código civil no lo exige. LACRUZ BERDEJO considera que “la declaración oficial no es necesaria ni suficiente. Lo único preciso es la presencia masiva y en sus manifestaciones más agudas de una enfermedad epidémica con alto índice de mortalidad, de profilaxis difícil y muy contagiosa. *Derecho de sucesiones*, Madrid, 2001, pág. 185.

¹⁷ Incluso cuando se les ha indicado que podían pasar con todo el equipo EPI, se les ha advertido que el papel, el soporte de la voluntad testamentaria queda contaminado durante 72 horas y ello conlleva un imponente peligro para el fedatario y para los empleados de la notaría.

¹⁸ Afirmaba GOMÁ LANZÓN que la función notarial es de interés general y deben mantenerse abiertas las notarias; pero a la vez deben adoptarse medidas en el sentido impuesto por el estado de alarma en el que nos encontramos. Señala que las notarias no puede cerrarse, pero dada la restricción general de movilidad, su actuación se limita a los casos de urgencia. La Circular 2/2020 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de fecha 18 de marzo señala que el notario habrá de valorar la urgencia en función de las circunstancias, sin que deba prestar su intervención si caben otros procedimientos alternativos que eviten el riesgo inherente al desplazamiento o que permitan el aplazamiento de su intervención. Especifica este autor, por último, que un caso interesante es el testamento, que parece que tiene el sustitutivo del ológrafo e, incluso, con carácter extraordinario en estos días, el testamento en caso de epidemia del artículo 701, aunque se ha entendido generalmente que este solo puede aplicarse en caso de que no pueda hallarse notario, lo cual es dudoso en este caso. El Notario del siglo XXI <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-90/opinion/opinion/10012-la-funcion-notarial-en-tiempos-del-coronavirus>

¹⁹ GONZÁLEZ PORRAS: Comentario al artículo 701 del Código civil en *Comentarios al código civil y compilaciones forales dirigidos por Albaladejo*. Tomo IX. Vol. 1º-B. Artículos 694 a 705 del Código civil, Edersa, 1987, pág.246

²⁰ CASTÁN TOBEÑAS afirma categóricamente que “no puede entenderse el artículo 700 en el sentido de que el testador pueda prescindir discrecionalmente de la intervención de aquel funcionario público cuando nada obste para que concorra”. *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo Sexto. Derecho de Sucesiones. Vol. 2º. Madrid, 1973, pág. 120

les manifiesta. Por otro lado, no podrán pertenecer a las clases de parientes a los que se refiere el art. 682 ni estar dentro de los beneficiados por esa declaración de voluntad mortis causa. Estas son exigencias mínimas, aunque no se hable de testigos idóneos, para que el testamento tenga garantía de veracidad.

Se ha dicho que estas exigencias son difíciles de cumplir porque si no pueden serlo los parientes, o los favorecidos por el testamento, en tiempos de pandemia, la “recogida” de esa voluntad se hace difícil. Es posible que esto sea así en algún caso pero creemos que no en otros: vecinos de edificios que pueden salir a las zonas comunes y atender a la demanda de quien quiere testar, sanitarios o voluntarios y sacerdotes que sabemos atienden a los enfermos hospitalizados; auxiliares, cuidadores incluso administrativos que trabajan en residencias de ancianos... Por otro lado, los requisitos del art. 702 Cc (escribir o retener en la memoria el testamento) se hacen necesarios, al igual que en el testamento en peligro inminente de muerte y son posibles. Y hoy día no plantearían ningún problema porque todos contamos con medios para ello: desde memorizar lo que se nos manifiesta o escribirlo, hasta grabar la voz en un audio o audio/video incluso con nuestro teléfono que, además, es una posibilidad que admite la Ley del Notariado en su artículo 64 después de la reforma de 2015 en virtud de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y que, desde luego, constituye una prueba fundamental de la realización de este testamento abierto especial.

En tiempo de epidemia, hay un supuesto que se podría plantear: si muere el testador pero también los testigos, aun habiendo escrito el testamento o habiendo grabado las disposiciones de última voluntad del testador, ¿serían estas válidas? Actualmente cabría decir que con la consideración de que la asistencia de testigos es esencial para este testamento, aunque se haya grabado la voluntad del testador por alguno de ellos, si han fallecido, la presentación de dichas manifestaciones por terceros no serían válidas²¹.

d).- Por último, queda por ver las actuaciones posteriores. El art. 703, aplicable igualmente al testamento en peligro inminente de muerte, recoge los requisitos de verificación de este testamento que pasan por que se eleve a escritura pública y se protocolice. La actuación notarial, en este caso, es a posteriori. O sea “control de veracidad” existe, lo que ocurre es que este se produce para “validar” o comprobar que el testamento cumple con el “estándar” de validez. Este es uno de los tipos de testamentos que caduca por lo que queda ineficaz si han transcurrido dos meses desde que cesó la epidemia (entendemos que, por seguridad, se podría pensar en la declaración la OMS en este sentido, como ha ocurrido en otras ocasiones), o si han transcurrido tres meses desde que murió el testador si no se ha procedido a la realización de las anteriores actuaciones. Para el cumplimiento de los requisitos posteriores hay que estar al mencionado art. 64 e la LN. Sobre esta cuestión volveremos más adelante al hablar de la presentación, adveración y protocolización.

IV. OTRAS POSIBILIDADES: EL TESTAMENTO EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE Y EL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

Muy relacionado con la situación que padecemos hay que contemplar otras fórmulas que regula nuestro Ordenamiento jurídico.

La primera es el testamento en peligro inminente de muerte. Regulado en el art. 700 del Cc es otro posible testamento abierto que no precisa de la intervención de notario y

²¹ Ripoll Jaén lo menciona para el caso de que no se hubiera escrito o grabado. Afirma este autor que “en estos supuestos, aunque existan testigos *per relationem o referenciales*, que son los que tienen noticias del otorgamiento y su contenido, pero no lo han presenciado como meros observadores, estimo que iniciado el expediente notarial, siendo los testigos, forma constitutiva o *ad solemnitatem*, debe cerrarse con resultado negativo. Testamentos en caso de epidemia y peligro de muerte. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/testamento-en-caso-de-epidemia-y-en-peligro-de-muerte>

que “suple” la ausencia del fedatario con 5 testigos cualificados. En este caso el supuesto de hecho estaría claro: situación de enfermedad al límite, en la que las expectativas de recuperación son mínimas. Estos son los requisitos que menciona el precepto. A diferencia del caso anterior, la jurisprudencia sí ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este testamento, en algunos casos. Las causas de la falta de validez de esta clase de testamento y que ha revelado la jurisprudencia han sido variadas; así, por ejemplo, la falta de la acreditación de no poder contar con la asistencia de notario/captación de la voluntad de causante (STS. 10. 6. 2005, R.A. 2005/4365) o la falta de la declaración clara de la voluntad sucesoria porque el testador se remite a un borrador preparado por una empleada de notaría (STS.4. 11. 2009, R.A. 2009/5835). Es requisito fundamental en este testamento que los testigos que recojan la voluntad del testador sean mayores de edad y cumplan con las condiciones de los artículos 681 y 682 del Cc.

En el supuesto en que nos encontramos, caso de pandemia por coronavirus, lógico es pensar en el otorgamiento de este testamento porque son muchos ya los fallecidos. Se trata de una enfermedad que casi de la noche a la mañana te puede llevar con neumonía al hospital incluso a la UCI. Por el contagio elevadísimo que produce, se necesita limitar el contacto con otras personas, sanitarios voluntarios, familiares... y, por ello, si la situación límite en que se encuentra una persona es consecuencia directa o indirecta de este estado de pandemia, lo más lógico es que se declarara la voluntad acudiendo al menor número de testigos que exige el testamento en caso de epidemia. Es decir, uno y otro serían posibles pero parece más fácil, por menos testigos, este último. No olvidemos que los requisitos del testamento en peligro inminente de muerte implican que el testador esté en situación de peligro grave porque si, a posteriori, no se puede demostrar la existencia de riesgo mortal, el testamento será nulo²².

Por otro lado se entiende que en este testamento no se puede prescindir de la intervención de notario de manera discrecional cuando no hay dificultad para que asista pero será suficiente probar que, siendo avisado, no pudo llegar, o era difícil que llegara o que no se encuentra fedatario en la localidad²³. La jurisprudencia y la doctrina entienden que ello ha de ser interpretado en sentido amplio. La propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil sí que recoge en el art. 462-31 el requisito de “siempre que sea imposible su asistencia”

Junto a estos requisitos, que suponen la hipótesis de partida, lógicamente tiene que exigirse que el testamento se realice con esa intención clara de manifestar las disposiciones para después de la muerte, verdadera voluntad mortis causa, y que el testador tenga la capacidad o discernimiento en el momento de emitir su declaración en ese sentido. Esto tendrán que valorarlo los 5 testigos ante los cuales se emite aquella y que -como se decía- en este caso han de cumplir las condiciones o requisitos de los artículos 681 y 682 que hacen referencia a los casos o condiciones que impiden ser testigo. La idoneidad, como afirma SERRANO CHAMORRO²⁴, supone que no tienen interés en que el testador disponga de sus bienes de una u otra manera, y que, identificado el testador, ellos mismos no se encuentran dentro de esas limitaciones a las que se refieren los artículos mencionados.

Por último, la unidad de acto supone llevar a cabo todos los requisitos anteriores de manera no interrumpida de acuerdo al artículo 699. Como se decía, de este tipo testamento se cuenta con jurisprudencia. El caso más llamativo y comentado por la doctrina es el de la STS de 4 de noviembre de 2009 (RJ 2009/5835); el verdadero problema de este caso es que no manifestase a los testigos a quién quería beneficiar el testador con su última voluntad y que se remitiera a unas instrucciones previamente dadas. Los testigos no se enteraron de lo que quería el testador, del contenido de su voluntad, y no le requirieron para ello, quizá por

²² Se trataba con ello, al decir de los comentaristas del Código, de impedir el abuso de esta práctica en pequeñas localidades, es decir de prevenir la extensión de este testamento a casos que no son el supuesto excepcionalísimo al que se refiere el Código. Como afirma RIVAS MARTÍNEZ, la inminencia del peligro es el presupuesto previo esencial o “sine qua non” para la validez de esta forma testamentaria. Vid. *Derecho de sucesiones. Común y Foral*. Tomo I, Madrid, 2005, págs. 387 y ss.

²³ Vid. GONZÁLEZ PORRAS en “Comentarios al Código civil y compilaciones forales” ob. cit. pág. 216

²⁴ Ob. cit, pág. 313

su deteriorado estado de salud. Volvemos al problema de la falta de información. Realmente los médicos o sanitarios de la UCI no tienen que ser además peritos en Derecho pero una mínima información sobre cómo actuar ante estos casos sería necesario porque, precisamente por su actuación profesional, se les pueden presentar en alguna ocasión.

En segundo lugar cabe considerar, como posible opción en situación de pandemia, la forma ológrafa de testar que el Cc regula en el art. 688 y siguientes. Respecto al ológrafo, la jurisprudencia ha tenido muchas más ocasiones en las que pronunciarse. Podríamos decir que dentro de las formas que estudiamos, estamos aquí ante la forma más utilizada, de la que más se ha escrito y de la que, por los inconvenientes que supone, más litigios se han planteado. Indudablemente es una forma cómoda de testar. Pero los requisitos formales, que conlleva, se tienen que cumplir específicamente. A este campo de batalla se une el de la capacidad, el animus testandi y la falta de asesoramiento que pueda hacer inválida la voluntad del testador, además del problema del depósito o la guarda del mismo. Y es que si en tiempo de epidemia alguien quiere testar y está solo, el camino puede ser éste. Pero si muere y nada se ha dicho sobre su existencia, puede ser traspapelado, puede perderse o, en el peor de los casos, hacerse desaparecer por quien no le interese. Por ello en estos casos parece fundamental la publicidad. Esta puede consistir en hacerlo saber a familiares, amigos o vecinos para que tengan la precaución de buscarlo allí donde se les indique, comunicación que, en su caso, puede hacer el testador personalmente, por teléfono, mensaje, etc...

En el testamento ológrafo estamos ante un documento realizado privadamente por su autor que lo escribe de su puño y letra, fechándolo y firmándolo. Estos requisitos se constituyen como fundamentales porque son la garantía de autenticidad de este testamento en el que no hay control de capacidad por notarios o testigos. Como siempre el control de validez será a posteriori, en la adveración y protocolización. Son los dos momentos fundamentales, el de la existencia y el de la validez. Pero, se insiste, los presupuestos para que se considere como tal han de cumplirse rigurosamente²⁵.

Es claro que las mayores ventajas del testamento ológrafo son la sencillez, el secreto y la privacidad con la que se realiza, que está al alcance de cualquier mayor de edad y es útil para personas que pueden estar enfermas. Respecto a las desventajas, hay que volver a mencionar el secretismo con que se lleva a cabo que también tiene, su parte negativa porque puede llegar a pasar “desapercibido” a la muerte del testador. Es verdad que la solución sería depositarlo, comunicarlo a alguien de confianza. Se ha propuesto el depósito notarial pero, en estos tiempos de epidemia (persona sola, que no quiera o pueda salir de la casa) puede que esto no sea lo más aconsejable y cómodo para el testador. Más fácil es entregarlo a un vecino, amigo o familiar en quien confie. Ventajas para el testador en principio, muchas... pero muchos inconvenientes para los beneficiarios, también²⁶. La jurisprudencia se ha ocupado de varios casos que se han convertido en clásicos por sus

²⁵ Para el estudio en profundidad de este tipo de testamento Vid. TORRES GARCÍA F. «El testamento ológrafo en el Código Civil». BIB 2011\5618. Estudios y Comentarios Legislativos (Cívitas). Tratado de Derecho de Sucesiones Tomo IX. BIB 2011\1188 Editorial Aranzadi, Junio de 2011. Esta autora analiza pormenorizadamente este testamento en «*Del testamento ológrafo*», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo IX, vol. 1-A, Edersa, 1990, págs. 383-484.

²⁶ Afirma ROMERO COLOMA que las posibilidades de presiones, coacciones y captación de voluntad son, mayores, más intensas, en este tipo de testamento, así como las probabilidades de falsificación, los riesgos y peligros de pérdida, extravío o destrucción, provenientes estas circunstancias no ya sólo del azar, sino también de maniobras efectuadas por herederos abintestato no favorecidos, o de personas favorecidas por el testador en testamentos anteriores. Por otro lado, como el testador actúa aislado y, generalmente, sin ayuda ajena, puede expresar mal, incorrectamente, su propia voluntad, estando expuesto, igualmente, a que la posterior interpretación que se haga de esa última voluntad sea errónea y que el Juez competente no capte el verdadero sentido de las disposiciones, además de poder incurrir, fácilmente, en causas de nulidad en disposiciones concretas, ya que, si el testador es una persona lega en Derecho, y tiene herederos forzosos, es fácil que, a la hora de testar, desconozca los mecanismos legales que rigen la institución de la legítima y sus consiguientes principios (de intangibilidad cualitativa y cuantitativa). “El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes”. Actualidad jurídica. Aranzadi. BIB/2015/2229, n° 907.

circunstancias particulares²⁷. Mencionaremos aquí el supuesto de la STS de 25 de noviembre de 2014 (682/2014) porque precisamente uno de los temas que se suscita es el de la capacidad, que en los testamentos sin notario y sin testigos es el problema que más se suele alegar por quien no ha sido beneficiado por dicho testamento. La cuestión que se plantea en este caso es si se trata de un verdadero testamento o, por el contrario, de un ruego o de la manifestación de un deseo que se hace a los sobrinos de la testadora que además consideraban que la beneficiada había influido en la redacción de tales escritos²⁸. En estos casos el problema de la interpretación de la voluntad se enroca también con el de la capacidad²⁹. Junto con estos requisitos de validez están también los de eficacia a los que antes nos referíamos que suponen la presentación del testamento, la adveración y, en su caso, la protocolización. Esto nos lleva a hablar de la necesaria intervención “a posteriori” del fedatario público.

V. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN ESTOS TESTAMENTOS

Se ha insistido a lo largo de estas páginas que la mejor opción para testar es el testamento abierto. En él la función de asesoramiento y la garantía de veracidad hacen que el porcentaje de validez alcance altas cotas. Pero junto al abierto notarial hay que insistir en la alternativa que suponen estos testamentos especiales que consideramos. En todo caso, en ellos, el fedatario también se encuentra presente. La Ley Notarial, en los arts. 61-65 después de la reforma de 2015, regula la última fase para la eficacia de los testamentos de los que tratamos. Con ellos se complementa lo dispuesto en los arts. 689 y ss y 704 y 705 del Cc. Parece que es lógico, y así lo ha recogido el legislador, que sean los notarios los que se ocupen de dar eficacia a estos testamentos. No son otorgados ante ellos pero suponen una declaración de voluntad escrita o verbal de la voluntad mortis causa, de la que estos profesionales son expertos y teniendo en cuenta esto, la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha supuesto una agilización de los trámites judiciales en materia testamentaria, pues entiende que todo testamento debe ser, en última instancia, notarial, y obliga a que los testamentos no notariales sean presentados, adverados, abiertos y protocolizados notarialmente, y no judicialmente³⁰. Efectivamente al final el testamento ológrafo o ante testigos acaba en manos del notario y este tiene que proceder a posteriori a darles el “placet”.

Para los testamentos ante testigos será necesario que estos comparezcan ante notario antes de los tres meses a contar desde el fallecimiento del testador para que la declaración de voluntad sucesoria se protocolice. El art. 64.1 LN regula quien es el notario competente³¹ Efectivamente la legitimación para el inicio de estas operaciones de

²⁷ El caso de “Pacicos de mi vida” es un testamento ológrafo epistolar de referencia obligada cuando se habla de un testamento de esta clase. Y hay otros muchos como el de la tarjeta de visita (STS 19.12.2006. R.J. 2006/9243).

²⁸ Y es que efectivamente la doctrina y la jurisprudencia hacen referencia a la necesidad clara de que en el documento se vea la voluntad de testar. En muchos se dice que esa declaración que se realiza es el testamento, o que esas son sus disposiciones para después de su muerte...se podrán utilizar distintas expresiones pero se debe dejar claro que en ellas se encierra una voluntad mortis causa. Es el caso del testamento a que se refiere la STS de 19 de diciembre de 2006 escrito en una tarjeta de visita. Vid. en este sentido RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pág. 476.

²⁹ En estos testamentos, realizados privadamente, el problema de la capacidad es uno de los que más repercusiones prácticas tiene porque el art. 663.2Cc es claro, no pueden testar los que habitual o accidentalmente no se hallaran en su cabal juicio, por tanto, no solo los incapaces sino también todos aquellos en que en el momento de otorgar e testamento no tengan verdadera conciencia de lo que van a hacer, de los que ello supone y de sus consecuencias aunque no estén afectados de una insania mental. De ahí que, en ocasiones, se plantee si hay un problema de capacidad o de interpretación. Ciertamente que esto puede ocurrir, y así sucede, en un testamento abierto incluso notarial pues el notario no es un experto en la materia pero tiene la experiencia en la indagación de la voluntad de quien a él acude y su apreciación tiene el valor de presunción, según la jurisprudencia. También en el resto de los testamentos abiertos, el número de los testigos supone un indicio de existencia de probabilidad de que consideren que lo que dice el testador es lógico, acorde a su situación y no disparatado. Esto sin perjuicio de prueba en contrario.

³⁰ Vid. SERRANO CHAMORRO. Ob. cit. pág. 320

³¹ 1. La presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral se efectuará ante Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a

autenticación corresponde, según el art. 64 de la LN, a cualquier interesado. Así afirma el mencionado artículo que *“cualquier interesado podrá solicitar al Notario que otorgue el correspondiente acta de protocolización del testamento otorgado en forma oral”*.

NAVARRO COMÍN³² afirma que el solicitante interesado tendrá que acreditar el fallecimiento y últimas voluntades y su interés en la protocolización de la sucesión, máxime si no pertenece a la familia del causante.

Pero aquí nos podemos encontrar con un problema: si el interesado no sabe nada sobre su llamamiento, mal puede solicitar nada al fedatario. Solo los testigos son los que pueden manifestar o llevar esa voluntad escrita al notario para que este pueda, haciendo las averiguaciones necesarias, convocar a los interesados ya que, efectivamente, pudiera ser que el testador no tuviera parientes próximos.

Hay que tener en cuenta que el Código civil nada dice de la posible responsabilidad de estos testigos en cuanto a tener que presentar el testamento (la declaración testamentaria), si conocen del fallecimiento del testador (como ocurre con el testamento ológrafo y recoge el art. 690Cc). Cabría pensar que es posible que los testigos lo comuniquen al llamado para que este solicite la protocolización si la declaración fue oral/escrita y designando al favorecido o bien, que tales testigos acudan con la manifestación testamentaria y documento o soporte que la contenga al notario del domicilio del testador y sea este el que cite al interesado para que inicie el procedimiento. La cuestión está en que la inaplicación de estos artículos hace que la teoría deje mucha casuística sin comprender. Y ante casos específicos no sabemos bien cómo se debería proceder.

La documentación a aportar es clara, identificación del testador, certificado del Registro Civil y del de últimas voluntades. El precepto habla de la citación a los testigos, que presentarán la declaración testamentaria recibida verbalmente o por escrito ante el fedatario público. Y aquí introduce el art. 64 LN la novedad de poder acompañar un soporte en el que se haya dejado grabada la voluntad testamentaria, en audio o vídeo que se pueda reproducir. Grabación realizada en el momento de dictarse las últimas voluntades.

En la era en la que vivimos esto es muy factible y puede facilitar las cosas pero no se puede olvidar que lo importante en los testamentos orales es la manifestación/recepción de la voluntad mortis causa por los testigos determinados por la ley. Lo demás es una prueba más que coadyuva al sostenimiento de la declaración testamentaria. En el acta otorgada por el notario se tiene que hacer constar la causa legal por la que se realiza tal testamento oral, el animus testandi, la testificación de los que recogen la voluntad del testador de que la oyeron simultáneamente de boca del testador, de palabra, leyendo o dando a leer alguna nota o memoria que la contuviese, y el número de ellos prefijado por la ley así como su capacidad para ser testigos.

El art. 65 de la LN establece que en caso de divergencia entre los testigos, se hará constar en el acta, solo protocolizándose las manifestaciones testamentarias en que los testigos estuvieran conformes. Si en ninguna lo estuvieran, se archiva el expediente sin protocolización. Y por último vuelve este precepto sobre la consignación de la voluntad en nota, memoria o soporte magnético o digital duradero recalando que si los testigos están conformes en su autenticidad *“se tendrá como testamento lo que de ella resulte”*, *“aunque alguno de ellos no recuerde alguna de sus disposiciones reflejándolo así en el acta y a ella quedará unida la nota, memoria o soporte magnético o digital duradero”*.

Por otro lado, para el ológrafo los requisitos notariales, a posteriori, se centran también en la determinación de si el documento privado presentado reúne las condiciones para ser considerado testamento. En muchas ocasiones, no ocurre así por falta de información del testador. Además de ello la adveración o comprobación de la veracidad o autenticidad de la escritura y firma del otorgante constituye una tarea fundamental. Solo si el juicio de veracidad es positivo se pasará a la protocolización. Los artículos 61, 62 y 63 de

elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.

³² [HTTP://WWW.NOTARIALLOPIN.ES/BLOG/1/1290/73/LA-ADVERACION-DE-TESTAMENTOS-EN-LA-LEY-DE-LA-JURISDICCION-VOLUNTARIA](http://www.notariallopin.es/blog/1/1290/73/LA-ADVERACION-DE-TESTAMENTOS-EN-LA-LEY-DE-LA-JURISDICCION-VOLUNTARIA)

la LN regulan todo el proceso: quién sería el notario competente; quién ha de presentarlo y el plazo o, en su caso, el interesado que puede requerir al notario; qué documentos son los que han de ser aportados... El artículo siguiente determina el procedimiento a seguir para asegurar la veracidad, para terminar el artículo 63 afirmando que si el notario considera justificada la autenticidad proceda a la protocolización o, en caso contrario, cierre el acta no procediéndose a ella sin perjuicio de los derechos de los interesados de acudir ante los tribunales³³.

VI. NECESIDAD DE MODERNIZACIÓN Y ADAPTACIÓN DE LAS FORMAS TESTAMENTARIAS A LOS NUEVOS TIEMPOS

Hace ya algunos años que se viene considerando por parte de la doctrina que la modernización en materia de sucesiones supone un imperativo categórico. Y ello en una doble dirección, en cuanto a determinadas instituciones (legítimas, adelanto en la sucesión intestada del cónyuge a los ascendientes...) y en cuanto a la incorporación de las nuevas técnicas de reproducción y soporte para el otorgamiento de los testamentos. Realmente la incorporación de nuevas tecnologías en el notariado es una realidad manifiesta desde hace ya años porque está claro que todo lo que contribuya a la celeridad en la información y, por ella, a la seguridad de las transacciones es buscado con anhelo por los fedatarios públicos.

Así, una parte de la doctrina está persuadida de que se hace posible que la voluntad testamentaria se pueda contener, con toda garantía, en documentos electrónicos o soportes duraderos mediante audios o imágenes o de cualquier forma digital avalada con firma electrónica³⁴. Ciertamente es lo que se viene haciendo en otros campos, como la presentación de documentos administrativos, judiciales, declaraciones fiscales... Es verdad que la solemnidad de la materia sucesoria supone un grado más alto de atención porque sus efectos, fallecido el testador, quedan sin posibilidad de alteración o modificación y sus consecuencias son fundamentales para el destino de los bienes y para la seguridad jurídica. Por ello en esta parte de las sucesiones siempre se ha procedido de forma cautelosa y solemne. Los requisitos de forma han amparado y envuelto a la voluntad mortis causa y el asesoramiento y la determinación de la capacidad para saber lo que se hace y para qué se hace se ha constituido como elemento indispensable. Por ello el testamento notarial es el más indicado, el testamento por excelencia, y los demás que regula el Código se prevén para momentos y situaciones especiales. Pero es verdad que para estas situaciones excepcionales puede ser muy ventajoso utilizar la técnica que hoy día tenemos a nuestra disposición. Favorecer el otorgamiento del testamento es un principio de nuestro ordenamiento jurídico y en aquellos casos concretos, cuando el notario no puede asistir al testador, recoger la voluntad en soportes digitales puede ser de gran ayuda y un eficaz medio de prueba. Esto es lo que hemos visto que recoge el art. 64 y 65 de la LN.

Otra cuestión es la relativa a si pueden ser sustituidos los formalismos previstos para los testamentos orales por los mecanismos digitales: llamada de whatsapp, audios, correos electrónicos, vídeos... Hoy día todo ello no cabe en nuestro Ordenamiento vigente (el ológrafo exige autografía y los orales, presencia de testigos) pero es cierto que una modificación del Cc en estos aspectos, con las debidas garantías, no sería algo impensable³⁵.

³³ Vid. el estudio de estos preceptos de RIPOLL JAÉN: Expediente notarial de jurisdicción voluntaria. ii.- sucesiones:c)adveracióntestamentoológrafo.<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/adveracion-de-testamento-olografo/>

³⁴ En este sentido, PRATS ALBENTOSA: “Sobre el cambio del paradigma del “soporte” en que la voluntad “testamentaria” quede contenida para su validez. A propósito de la STS 4 Noviembre 2009”. Revista Aranzadi doctrinal. 2012, nº8, págs. 211-219.

³⁵ Afirma SERRANO CHAMORRO que “si confiamos en la economía del país de forma telemática ¿cómo no vamos a creer en la posibilidad de realizar testamento excepcional en caso de grave e inminente peligro de muerte utilizando medios digitales auténticos y perfectamente conocidos siempre que se den garantías de veracidad. Los juzgados han aceptado como medio de prueba los WhatsApp. Ob cit. pág. 40 y <https://www.negotia.es/el-testamento-digital/>. Por otro lado, considera José Carmelo LLOPIS que hoy en día se puede abrir el debate aunque “no es sostenible económicamente que, **con lo rápido y barato que es un testamento notarial, y con los problemas posteriores que elimina**, una persona en la que no concurren circunstancias de gravedad, ponga a sus herederos en situación de tener que invertir más tiempo y dinero en su protocolización”. <http://www.notariallopis.es/blog/i/123/73/admite-los-testamentos-audiovisuales-el-proyecto-de-jurisdiccion-voluntaria>.

También hay que decir que habrá que estar al caso concreto. Pienso que la asistencia de testigos en estos casos de tiempos revueltos tampoco es tan imposible. Un enfermo o no en tiempo de pandemia puede solicitar a amigos, o vecinos de su edificio que con la distancia de seguridad pueden entender lo que se les dice como voluntad mortis causa y ellos grabarlo en su móvil. Un enfermo en el hospital puede hacer lo mismo. Son solo 3 personas que en estos tiempos, por solidaridad, están con seguridad abiertos a esta petición del afectado por la enfermedad o trastornado por ella. Incluso en la UCI, salvo entubamiento (en cuyo caso no podrá hablar pero tampoco escribir como para hacer un ológrafo), hay personal sanitario al que acudir. En las residencias de ancianos, se encuentra también cuidadores a los que pedir asistencia para esta finalidad porque más difícil puede ser, en algún caso, que una persona mayor pueda entender cómo grabarse o mandar un audio o un correo electrónico que llamar a 3 personas que recojan su voluntad. Pero también es cierto que hay otros casos en que grabarse uno mismo, mandar un audio o un whatsapp pueda ser la única opción que tenga una persona³⁶. En todo caso el problema será la prueba. Y por ahora todo esto es ciencia ficción testamentaria³⁷.

De todas formas, está claro que una revisión en profundidad de esta materia se hace necesaria. Se ha demostrado que estos testamentos, en concreto en tiempo de epidemia, es un testamento que, desgraciadamente, puede tener aplicación. El hecho de que hasta ahora no haya tenido predicamento no es argumento para suprimirlo, como en alguna ocasión se ha planteado. Hay que regularlo mejor porque puede servir para otras situaciones que están por llegar por muy avanzada que creamos que es nuestra sociedad³⁸. Una específica y clara regulación junto con la posibilidad, en su caso, de la utilización de los medios tecnológicos de los que disponemos no estaría de más, avanzando así en la línea iniciada por la Ley Notarial.

VII. REFLEXIONES FINALES

Expresiones tales como “esto es una pesadilla” o “vivimos una película de ciencia ficción” se han hecho comunes en las conversaciones entre familiares, amigos o conocidos en los últimos meses. Así es, la pandemia del Covid 19, extremadamente contagiosa, lleva alcanzados unos números escandalosos en el mundo: 60 millones de personas contagiadas y 1,5 millones de personas fallecidas.

En estos momentos se habla de varias vacunas pero también de posibles nuevas olas y de que esta enfermedad ha llegado para quedarse, por lo que se trata de ganarle el pulso. En esta situación actual es lógico que la ansiedad ante lo desconocido, el miedo a la enfermedad y a sus secuelas y a la muerte se haya instalado entre nosotros.

Esto nos lleva a plantearnos la necesidad de ordenar nuestras cosas en muchos niveles. Uno de ellos es el patrimonial o material. Para ello la realización de un testamento es una forma de disminuir esa ansiedad (y no al contrario). Se recomienda el abierto notarial pero el Ordenamiento prevé otras formas, si por la circunstancia que fuera, este no

³⁶ El art. 421-14 apartado 2 in fine del CC de Cataluña, al aludir al testamento escrito por otros medios técnicos afirma que «Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, debe firmarse con una firma electrónica reconocida».

³⁷ Entiende MARIÑO PARDO que el art. 62.5 reitera la necesidad de que el testamento ológrafo sea manuscrito ya que circunscribe las formas alternativas de consignación de la voluntad mediante medios sonoros o videográficos a los casos en los que el testamento se puede otorgar en forma oral. No obstante se plantea un caso dudoso, el caso de la escritura a mano del testamento ológrafo en un soporte electrónico, ya que en el mismo existe autografía manuscrita, e incluso la firma puede tener esta condición. Sin embargo reconoce que estos soportes electrónicos suelen permitir la alteración del contenido de lo escrito (por ejemplo, suprimir una parte del contenido del testamento) sin dejar rastro alguno, por lo que no son totalmente equiparables a la escritura en papel u otros materiales. Por último considera que ese testamento escrito a mano en un soporte informático plantearía dificultades a la hora de protocolizarlo, porque hay que estar al original del testamento ológrafo, y no una reproducción o copia del mismo, aunque dicha copia sea digital. “Idea general sobre el testamento ológrafo”. <https://www.iurisprudente.com/2016/05/idea-general-sobre-el-testamento.html>. <http://notariallopolis.es/blog/i/1235/73/el-notario-el-testamento-on-line-y-el-heredero-digital>

³⁸ Así RIVAS MARTÍNEZ afirma que más que suprimirlo hay que extender el supuesto de hecho a otros casos extraordinarios de catástrofes, tales como guerra bacteriológica, desastres nucleares. Ob. cit. pág. 396.

se hace posible. El específico para el caso es el que se puede hacer ante 3 testigos en tiempo de epidemia. Creemos que es una forma testamentaria útil y sencilla. Le falta su “puesta en marcha” pero con el estudio y la información que se debe dar a la población se puede convertir en un mecanismo para quien no pueda o no quiera en estas situaciones de enfermedad acudir al notario. Por otro lado, conviene darle lustre y desapolillarla porque ya se avisa que puede no ser la única pandemia que suframos en los próximos tiempos. Es una posibilidad más que no cabe descartar a favor por ejemplo del testamento ológrafo, cada uno puede tener un sitio, su situación, y la publicidad que le otorga la presencia de los testigos le añade un gran valor. Importa también modernizar la materia de la testamentifación y quien debe llevar a cabo tal tarea es el cuerpo notarial porque la formación y la experiencia de estos fedatarios públicos les hacen los más idóneos. Ellos están en el proceso, bien antes o después, pero interesa que en todo caso estén “antes” porque al fin al cabo esos testamentos irán a parar a sus manos.

Por eso, en la modernización de esta materia cabría hablar de dos niveles: uno asequible en la actualidad y otro a más largo plazo por la necesidad de una mayor reflexión y estudio.

El primer nivel, implica dos actuaciones. Una primera ya está instaurada y solo requiere mayor efectividad: se trata de incidir en la línea del asesoramiento notarial, con un corredor ágil, rápido y eficaz con la notaría que quiera el testador para poder consultar cuanto necesite saber sobre “contenido y continente” de una determinada forma testamentaria especialmente cuando no sea notarial y en circunstancias excepcionales (esta función cautelar ya la cumplen los notarios; se trataría de hacerla aún más efectiva extendiéndola a las demás formas abiertas y al ológrafo con una labor de comunicación a la población en general de que puede fácilmente contar con este asesoramiento). La segunda actuación supondría la creación de un registro donde se dé cuenta del otorgamiento de un testamento especial o de un ológrafo para que quede constancia de aquel, poniéndose cortapisas a la posible desaparición del mismo.

El segundo nivel, supondría la posibilidad de que, utilizando las nuevas tecnologías, se remitan a las notarias estos testamentos realizados en casos excepcionales (así como los autógrafos realizados a mano en pantalla táctil) para que se tome razón de ellos y sean en su caso custodiados cuando se realicen sin presencia de testigos. Y ello porque al fin y al cabo, tal manifestación tendrá que acabar en manos del fedatario. Esto supone una importante modificación del Código civil, para casos excepcionales y para la toma de razón del ológrafo, aunque las garantías de autenticidad de los mismos serán una gran piedra de toque. Sin embargo, para los casos ordinarios, fuera del ológrafo, creo que la intervención notarial directa se hace imprescindible porque la admisión sin más de los testamentos realizados por mecanismos digitales sin intervención notarial, aunque sea con firma digital, supone una ruptura total con la tradición jurídica existente, con el normal asesoramiento notarial, con la valoración de la capacidad y la dación de fe del fedatario. Otro caso sería romper la baraja y contemplar un testamento digital o tecnológico; una distinta forma de testar, no ajena a la aparición de graves problemas, que supondría perder el valioso legado que conlleva la ayuda de un experto en la materia. De ahí que se diga que, si se quiere emprender el camino de la apertura al testamento tecnológico, haya de ser el notariado el que estudie y, en su caso, proponga qué forma de proceder sería la idónea en estos casos porque, desde luego, no es lo mismo firmar electrónicamente una declaración de IRPF que un testamento.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

-CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo Sexto. Derecho de Sucesiones. Vol. 2º. Madrid, 1973, pág. 120

DE LA FUENTE SANCHO:

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/informes-mensuales-o-n/informe-oficina-notarial-marzo-2020-testamento-en-tiempo-de-epidemia-y-olografo/#practica>

- FERNÁNDEZ DEL MORAL: *Autonomía privada y testamento en derecho común. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas. Granada, 1996*
- GOMÁ LANZÓN:
<https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-90/opinion/opinion/10012-la-funcion-notarial-en-tiempos-del-coronavirus> El Notario del siglo XIX
- GONZÁLEZ PORRAS: Comentario al artículo 701 del Código civil en *Comentarios al código civil y compilaciones forales dirigidos por Albaladejo*. Tomo IX. Vol. 1º-B. Artículos 694 a 705 del Código civil, Edersa, 1987, pág.246
- LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, Madrid, 2001
- LÓPEZ-GALIACHO PERONA: <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/20/la-rabiosa-actualidad-del-testamento-en-caso-de-epidemia/>
- LLOPIS BENLLOCH: <http://www.notariallopis.es/blog/i/123/73/admite-los-testamentos-audiovisuales-el-proyecto-de-jurisdicion-voluntaria>
- MUCIUS SACAEOVA: *Comentarios al código civil* t. 12, Madrid, 1896, pág. 478
- NAVARRO COMÍN: [HTTP://WWW.NOTARIALLOPIS.ES/BLOG/I/1290/73/LA-ADVERACION-DE-TESTAMENTOS-EN-LA-LEY-DE-LA-JURISDICCION-VOLUNTARIA](http://WWW.NOTARIALLOPIS.ES/BLOG/I/1290/73/LA-ADVERACION-DE-TESTAMENTOS-EN-LA-LEY-DE-LA-JURISDICCION-VOLUNTARIA)
- PRATS ALBENTOSA: “Sobre el cambio del paradigma del “soporte” en que la voluntad “testamentaria” quede contenida para su validez. A propósito de la STS 4 Noviembre 2009”. *Revista Aranzadi doctrinal* 2012, nº8, págs. 211-219.
- RIPOLL JAÉN: Testamentos en caso de epidemia y peligro de muerte. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/testamento-en-caso-de-epidemia-y-en-peligro-de-muerte>
- RIVAS MARTÍNEZ:
-*Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pág. 476
-*Derecho de sucesiones. Común y Foral*. T.I. Madrid, 2005.
- ROMERO COLOMA: “El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes”. *Actualidad jurídica. Aranzadi*. BIB/2015/2229, nº 907
- SERRANO CHAMORRO: “Covid 19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos”. *Revista de Derecho Civil* http://nreg.es/ojs/index.php/RDC_ISSN_2341-2216 vol. VII, núm.4 julio-septiembre, 2020
- TORRES GARCÍA,T. «El testamento ológrafo en el Código Civil». BIB 2011\5618. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Tratado de Derecho de Sucesiones Tomo IX. BIB 2011\1188 Editorial Aranzadi, Junio de 2011. «*Del testamento ológrafo*», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo IX, vol. 1-A Edersa, 1990, págs. 383-484.
- VELA SÁNCHEZ: “El testamento en tiempo de epidemia. Cuestiones esenciales”. *La ley*. 17/4/2020

EDUCACIÓN FÍSICA E IGUALDAD DE GÉNERO EN LAS DISTINTAS ETAPAS EDUCATIVAS, DE LA ESCUELA A LA UNIVERSIDAD, DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

María Pérez-Ugena
*Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos*

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2020
Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2020

RESUMEN: Este trabajo analiza, desde la perspectiva constitucional de igualdad entre hombres y mujeres, la educación física, tal y como se imparte en las distintas etapas educativas. Se trata de un análisis descriptivo de la situación de las escolares, universitarias y profesoras de educación física. Se estudian las barreras con que se encuentran las escolares y los correspondiente instrumentos jurídicos disponibles y se observa cómo la situación de desigualdad continúa en la época universitaria. Se analiza la formación que recibe el profesorado en perspectiva de género sobre la educación física, para concluir que es totalmente insuficiente. El trabajo finaliza con una referencia a la profunda brecha de género existente, también, entre especialistas en docencia deportiva.

ABSTRACT: This paper analyzes, from the constitutional perspective of equality between men and women, physical education, as it is taught in the different educational stages. It is a descriptive analysis of the situation of schoolchildren, university students, and physical education teachers. The barriers faced by schoolchildren and the corresponding available legal instruments are studied and the situation of inequality continues in the university step. The training that teachers receive in gender perspective on physical education is analyzed, to conclude that it is totally insufficient. The research ends with a reference to the deep gender gap that exists, also, between specialists in sports teaching.

PALABRAS CLAVE: Deporte. Igualdad. Educación. Derecho. Género

KEYWORDS: Sport. Equality. Education. Law. Gender.

SUMARIO. 1.INTRODUCCIÓN. DESIGUALDAD Y DEPORTE. 2.EL DEPORTE EN LA ETAPA ESCOLAR. 3.EL DEPORTE EN LA UNIVERSIDAD. 4. LA FORMACIÓN EN PERSPECTIVA DE GÉNERO DE QUIENES EDUCAN EN DEPORTE. 5. LA BRECHA DE GÉNERO ENTRE ESPECIALISTAS EN DOCENCIA DEPORTIVA.

1. INTRODUCCIÓN. DESIGUALDAD Y DEPORTE

El deporte, además de por sus bondades intrínsecas, se caracteriza por un efecto expansivo, en el sentido de que proporciona a niñas y mujeres una vía más de acceso a espacios públicos y les permite construir modelos que les sirvan como referente. Sin embargo, ocurre que hay un vínculo muy estrecho entre el deporte y lo masculino que convierte a éste en un ámbito marcado por una fuerte desigualdad. Son varios los factores que influyen en esta realidad. Primero, el rol social masculino, que tradicionalmente se asocia a la actividad física. Segundo, las estructuras que sustentan el deporte. Tercero, la cultura y los estereotipos sociales de género, así como los tópicos sexistas, derivados de percepciones sociales y otros factores difíciles de concretar, en relación con el deporte. En definitiva se trata de un problema estructural, derivado de la cuestión de género en el que la historia ha jugado un papel muy relevante¹.

Las mujeres se han incorporado muy lentamente al deporte desde finales del Siglo XIX, para ir abandonando poco a poco su papel meramente pasivo, marcado por el determinismo biológico. A finales del S. XX la situación es muy distinta, aunque el entorno sigue siendo claramente masculino, lo que dificulta el igual posicionamiento de las deportistas y crea un sinfín de barreras, derivadas del hecho de que las mujeres se hacen deportistas al incorporarse a un espacio, básicamente masculino, en el que la práctica deportiva se relaciona, en la mayoría de los deportes, con la hegemonía del hombre y con ciertas características que forman parte de los atributos típicos masculinos.

En la actualidad, para entender la situación de las mujeres en el deporte, tenemos que diferenciar, de una parte, el deporte profesional y, de otra, el deporte entendido como ocio. Son dos aproximaciones al mismo en el que la brecha de género es muy distinta. En la actividad deportiva, referida a la no competitiva, los datos indican que las mujeres han avanzado y aunque aún no hay aún un equilibrio total, la brecha de género no es tan acusada. Vemos cómo muchas mujeres, también hombres, eligen el deporte como una actividad de ocio, principalmente para la recreación y los beneficios para la salud. Sin embargo, en el deporte profesional, la diferencia es abismal.

En el deporte federado, los datos indican que sólo el 22,3% de las licencias federativas son de mujeres²³. Lo mismo ocurre con las deportistas de Alto Nivel (DAN), que, en 2018, suponen el 37,2%, de mujeres, frente al 62,8%, que corresponden a hombres⁴. Y esto, pese a

¹ “Género se refiere a los roles y responsabilidades de la mujer y del hombre que son determinados socialmente. El género se relaciona con la forma en que se nos percibe y se espera que pensemos y actuemos como mujeres y hombres, por la forma en que la sociedad está organizada, no por nuestras diferencias biológicas”. Beijing definición del Comité Preparatorio. La idea de género alude de una manera global al conjunto de expectativas que la sociedad deposita en relación a los distintos comportamientos que deberían tener hombres y mujeres. PEREZ-UGENA, M. *Igualdad entre mujeres y hombres: instrumentos jurídicos y régimen de garantías*. Comares. 2015.

² Consejo Superior de Deportes (CSD) 2019. <http://www.culturaydeporte.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/deportes/anuario-de-estadisticas-deportivas.html> Obtenido el 14 de abril de 2020.

FEDERACIONES CON MÁS LICENCIAS FEMENINAS QUE MASCULINAS Hay 3 Federaciones en que hay entre el 40 y el 50% de licencias femeninas, tampoco están presididas por ninguna mujer. En 15 Federaciones hay entre el 30 y el 40%, y solo una está presidida por una mujer.

³ Por deportes. El mayor número de licencias corresponde al fútbol número con cerca del millón de licencias, frente a las 65.000 licencias del fútbol femenino. El deporte con más licencias federativas después del fútbol es la caza. Básicamente masculino. Resulta gráfico que el 79,5% de las licencias se corresponden con 15 federaciones, concretamente Fútbol, Baloncesto, Caza, Golf, Montaña y escalada, Judo, Balonmano, Atletismo, Voleibol, Tenis, Ciclismo, Karate, Pádel, Natación y Patinaje. De ellas, solo la gimnasia (93/17), hípica y voleibol (70/30), baile deportivo (60/40) y el patinaje (60/40) suma mayor número de licencias federativas de mujeres. En natación están a la par. Y el resto a excepción del Fútbol (cerca del millón frente a 65.000) lo que supone un 94% licencias masculinas frente 6% femenino salvo excepciones ronda en ese 70/30% *Anuario de Estadísticas deportivas* Centro Superior de Deporte 2019.

⁴ Consejo Superior de Deportes (CSD) 2019. <http://www.culturaydeporte.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/deportes/anuario-de-estadisticas-deportivas.html> Obtenido el 14 de abril de 2020.

que, las mujeres han experimentado un enorme crecimiento en la práctica del deporte, de forma que, en la actualidad, el 47.5% de mujeres practican deporte.

Son muchos los factores que explican este resultado. Entre ellos, se han consensuado, la ausencia de modelos de referencia del deporte competitivo para las mujeres, así como el mínimo reconocimiento del deporte de alto nivel femenino. El que no haya recursos suficientes destinados al deporte de competición femenino, precisamente porque despierta menos interés que el de su homólogo masculino. Además, la poca representación en los órganos de dirección y gestión y la menor atención en los medios de comunicación. Los retos que se plantean son el incremento de la práctica deportiva de las mujeres en todos los niveles, el aumento de la participación de determinados deportes o modelos, la mejora de las condiciones de acceso y participación junto con la implicación de diferentes agentes⁵.

El origen de la cuestión, que conecta deporte y educación, independientemente de otros temas, relacionadas con aspectos estructurales, que devienen de la propia sociedad e influyen en que las mujeres acaben optando por deportes menos competitivos, está en los primeros años, en gran parte, en la práctica deportiva entre los escolares. La iniciación en actividades deportivas y, en su caso, las altas capacidades deportivas suelen producirse en la escuela (41%), en un club deportivo (55%) y tan sólo un 4% lo hace en otro lugar no especificado. En cuanto a la edad de inicio, el 53% de los deportistas lo hacen antes de los diez años, el 32% entre los diez y los doce años, el 12% entre los trece y los quince años y el 3% a partir de los dieciséis años. Por lo que, es el ámbito escolar y el familiar el factor determinante y responsable de la detección e inicio en el deporte de las personas con altas deportivas⁶.

En la escuela hay ciertos factores que complican la iniciación de deportistas de alta competición. Entre ellos, el hecho de que el deporte no se considere fácilmente una vía acceso a la categoría de superdotado entre los escolares. Esto repercute en que las altas capacidades deportivas vengán siendo objeto, de hecho, de una mínima atención en el ámbito escolar, que viene enfocándose de manera tradicional en los rendimientos intelectuales y de carácter cognitivo. Sin embargo, este hecho deriva en una pérdida de talento, ya que la iniciación deportiva y la detección precoz de talentos deportivos tienen repercusiones en el desarrollo de la conducta motriz eficiente⁷.

Si esto ocurre de manera general, es más marcado respecto de las niñas, porque, en el ámbito escolar, se ha detectado una menor implicación de las niñas en la educación física. Además, las escolares tienen unas oportunidades más limitadas que los chicos, entre otras causas, porque generan menos expectativas en el profesorado, lo que, como se ha señalado, conlleva una menor atención por parte de éstos y un menor nivel de exigencia. Por otra parte, en el ámbito familiar, persiste una mayor ausencia de modelos de deportistas femeninas en la sociedad, que provoca que las jóvenes no se identifiquen con el deporte y no se sientan motivadas hacia su práctica⁸.

También es llamativo el menor número de mujeres que accede a la formación en materias relacionadas con el deporte, que se reduce conforme el nivel de estudios es superior, frente a lo que ocurre en la generalidad de los estudios, no relacionados con el deporte, en los que las mujeres superan a los hombres en el aspecto educativo. No se ha conseguido un mínimo equilibrio en la representación de las mujeres en Facultades de Actividad física y Deporte. Ni en los miembros del equipo directivo que ronda en torno al 16% mujeres, ni en el profesorado, en el que un 25% mujeres es un dato muy negativo, especialmente por el efecto cascada que tiene el que la mayoría del profesorado siga siendo masculino, especialmente en los Grados superiores.

⁵ SANZ GIL JJ: "Una aproximación a las dificultades del deporte femenino en la alta competición: Hacia la equidad e igualdad" *Acción motriz*. 2017

⁶ *Ibid.*

⁷ Se ha señalado, sin embargo, que la inteligencia motriz, incluye ciertas capacidades. Éstas, están relacionadas con la utilización exacta del espacio, el uso dinámico de la fuerza, el control postural para el equilibrio, la velocidad de movimiento de los miembros y una destreza general para el movimiento corporal ALFARO, E. "El talento psicomotor y las mujeres en el deporte de alta competición" *Revista de Educación*, 2004, págs. 127-151.

⁸ SANZ GIL JJ: *ob. cit.* 2017

Es necesario que se imparta formación en materia de igualdad entre mujeres y hombres con el objeto de capacitar a los agentes que deben tomar decisiones y a los gestores de las políticas en cuestión. En el ámbito deportivo, se evidencia la necesidad de concienciar y formar a dirigentes deportivos, profesorado y personal técnico, a las familias y a las propias mujeres para eliminar o minimizar las barreras que todavía existen en este sector. En el ámbito de la comunicación, es además obligado contar con instrumentos como "guías de buenas prácticas" para el ámbito profesional de la comunicación y del deporte⁹

Se evidencia la necesidad de formar en igualdad, así como de concienciar y formar a dirigentes deportivos, profesorado y personal técnico, a las familias y a las propias mujeres para eliminar o minimizar las barreras que todavía existen en este sector.

Por último, resulta relevante lo que ocurre en el aspecto "técnico". Nos sirve como referencia el número de entrenadores formados en el ámbito estrictamente federativo durante el año 2017, que fue de 8.109, con un total de 404 cursos impartidos. Los resultados por sexo indican, dejando aparte los entrenadores de fútbol, lo que haría descender aún más el porcentaje de mujeres, que el 75,3% de los entrenadores formados, se corresponden con hombres y el 24,7% con mujeres¹⁰

En definitiva, hay una menor participación en el deporte de las mujeres, aunque el aumento de éstas respecto de los hombres ha sido muy significativo. Encontramos una menor presencia en órganos de gobierno, que nos llevan a tratar de lograr la igualdad de representación de género en la toma de decisiones¹¹. Lo mismo ocurre en los medios de comunicación. También encontramos una menor presencia en ámbito técnico por lo que es preciso trabajar para la igualdad de género en el entrenamiento deportivo y la enseñanza. Continúan, por último, presentes los estereotipos y la discriminación en distintas áreas del deporte¹².

Los datos indican que es urgente reducir la brecha, además de por los beneficios que aporta el deporte, por el efecto indirecto, pero muy relevante, que tiene el deporte en la construcción de modelos que las mujeres reciben, principalmente, a través de los medios de comunicación y que rebasan el ámbito deportivo

2. EL DEPORTE EN LA ETAPA ESCOLAR

El principal instrumento con el que contamos para mejorar esta situación de las mujeres en cualquier ámbito y equilibrar su posición respecto de los hombres está en la educación.

Vemos a continuación cómo y en qué medida se aplica la perspectiva de género en las enseñanzas de educación física y deporte. Como apunta NUÑO la formación de una comunidad tiene siempre un carácter teleológico o instrumental cuyo objetivo es garantizar que cada persona adquiera los conocimientos y capacidades precisas encaminadas a desarrollar su función social. Hecho que no sólo condiciona el destino social, sino las diferentes expectativas, roles, subjetividades e identidades¹³.

⁹ NUÑO, L. *El derecho a la educación*. Granada, Comares. 2019

¹⁰ *Ibid.* Debe tenerse en cuenta que no se dispone de los datos de la Federación de Fútbol para 2017 por lo que se ha optado por ofrecer un subtotal excluyendo esta modalidad deportiva. El número de entrenadores formados en el ámbito estrictamente federativo durante el año 2017 fue de 8.109, con un total de 404 cursos impartidos. Los resultados por sexo indican que el 75,3% de los entrenadores formados se corresponden con hombres y el 24,7% con mujeres. CSD 2019

¹¹ ALFARO, E; BENGOCHEA, M; VAZQUEZ, M. "Factores que condicionan el acceso de las mujeres a los puestos de responsabilidad en el deporte" <https://www.csd.gob.es/sites/default/files/media/files/201904/Factores%20%28NIPO%29.pdf> CSD 2018 Obtenido el 10 de marzo de 2020.

¹² <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/policy-areas/sport>. Obtenido el 28 de marzo de 2020.

¹³ NUÑO GÓMEZ, L. Op. Cit. 2019 pág.2

La etapa escolar es el momento fundamental para que se eduque en los beneficios del deporte y se anime a su participación. Los niños y niñas llegan al deporte de manera distinta, por lo que es preciso que los educadores sean conscientes de ello y busquen las formas de animar a unos y otras en la práctica deportiva¹⁴. Durante esta etapa se construye la identidad deportiva, que determina la relación que una persona tiene con el deporte y marca el grado de identificación de cada uno con el rol de deportista. Como ha señalado VAZQUEZ¹⁵, hay una diferencia en la forma en que los chicos y chicas construyen la identidad deportiva. Y es preciso tener esto en cuenta porque el encaje entre identidad personal y la práctica de la actividad hace que ésta sea más satisfactoria.

Ocurre que chicos y chicas, según esta autora, construyen la identidad deportiva de forma distinta. De manera que a los chicos les resulta fácil asumir una identidad asociada al deporte porque forma parte del imaginario masculino desde los primeros años, y lo identifica con el padre. Es en la adolescencia cuando los chicos suelen encontrar en el grupo deportivo, un lugar de identificación y de integración social. Sin embargo, las chicas, suelen llegar a ese proceso de identificación con el deporte, a través de una ruptura con el imaginario femenino, representado por la madre. La razón, nos la descubre VAZQUEZ¹⁶, se debe a que la identificación histórica del deporte con el ideal masculino dio como resultado la consideración del hombre como único sujeto deportivo. De manera que la incorporación de las mujeres al deporte se hizo imitando el modelo masculino.¹⁷

Este sería el punto de partida para entender cómo las chicas se acercan al mundo del deporte. Funciona como una barrera inicial, que hay que superar desde sus primeras fases, porque, como es sabido, el deporte es una actividad que reporta beneficios a la salud y, en este sentido, desde la OMS se insiste a los distintos grupos de edad en lo conveniente de su práctica¹⁸.

Los estudios señalan que las percepciones de los estudiantes sobre su autoconcepto físico difieren considerablemente. Además, de que estas percepciones están asociadas con diferentes niveles de actividad física. De ahí que las personas responsables de la educación deban promover un buen autoconcepto físico entre estudiantes, animándolos a realizar

¹⁴ Las investigaciones han determinado que las chicas y los chicos llegan al deporte desde de perspectivas muy distintas. Las personas responsables del deporte, de la educación, el recreo y la educación física de los jóvenes han de asegurarse que una gama equitativa de oportunidades y experiencias pedagógicas, que representen los valores, las opiniones y las ambiciones de las chicas, esté incorporada en los programas que desarrollan la condición física y los talentos deportivos básicos de los jóvenes <https://www.csd.gob.es/sites/default/files/media/files/2018-09/declaracion-brighton.pdf> Obtenido el 14 de abril de 2020.

¹⁵ VAZQUEZ GÓMEZ B. “La situación de las mujeres en el sector deportivo”. En las ponencias de las Jornadas organizadas por el Instituto de la Mujer “25 años del Seminario Mujer y Deporte” Madrid 2016.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Desde hace años, las investigaciones confirman la relación entre el tipo de deporte practicado por chicas adolescentes y la imagen corporal. Concluyen con que la imagen corporal depende fuertemente del tipo de deporte, siendo las chicas que realizan actividades fitness las que poseen peor imagen corporal. Dado que la práctica de deporte organizado se asocia con una imagen corporal positiva, esta forma de actividad física debe ser necesariamente un componente de la prevención de las alteraciones de la imagen corporal entre las chicas jóvenes. En síntesis, son las chicas practicantes de actividades deportivas propiamente dichas, las que muestran una imagen corporal más saludable, afirmación que, incluso, y de forma sorprendente, se

hace extensible a la práctica de gimnasia rítmica; en cambio, aquellas chicas que se enrolan en la realización de actividades de carácter recreativo, centradas en la modulación de la figura, como son el caso del aeróbic y la musculación, presentan problemáticas considerables en la estructuración de la propia imagen corporal

CAMACHO, M.J.; FERNÁNDEZ GARCÍA E.; RODRÍGUEZ GALIANO MI. “Imagen corporal y práctica de actividad física en las chicas adolescentes: Incidencia de la modalidad deportiva” *International Journal of Sport Science* 2006

¹⁸ “De 5 a 17 años: Edad escolar. La actividad física consiste en juegos, deportes, desplazamientos, actividades recreativas, educación física o ejercicios programados, en el contexto de la familia, la escuela o las actividades comunitarias. Con el fin de mejorar las funciones cardiorrespiratorias y musculares y la salud ósea y de reducir el riesgo de ENT, se recomienda que: 1. Los niños y jóvenes de 5 a 17 años deberían acumular un mínimo de 60 minutos diarios de actividad física moderada o vigorosa. 2. La actividad física por un tiempo superior a 60 minutos diarios reportará un beneficio aún mayor para la salud. 3. La actividad física diaria debería ser, en su mayor parte, aeróbica. Convendría incorporar, como mínimo tres veces por semana, actividades vigorosas que refuercen, en particular, los músculos y huesos” https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44441/9789243599977_spa.pdf?ua=1 Obtenido el 20 de abril de 2020.

actividad física y a reducir el comportamiento sedentario durante su tiempo libre¹⁹. Y es que los comportamientos y motivaciones del alumnado en las clases de educación física están mediatizados por su propia imagen, que a su vez se construye mediante estereotipos e ideas. Resulta que se han encontrado divergencias considerables entre chicos y chicas a la hora de participar en las prácticas deportivas en los escolares. Y estas preferencias están claramente relacionadas con lo que se espera de ellos. De ahí que ellas, que las chicas, se decanten por actividades más artísticas y los chicos por competición y deportes de equipo. Sin embargo, como se ha señalado, estos intereses y motivaciones son susceptibles de ser modificados mediante intervenciones educativas en educación física que permitan experiencias más positivas y variadas tanto a chicas como a chicos en educación física.²⁰

Vemos a continuación qué ocurre entre nuestros escolares en España.

El deporte en los centros escolares aparece por primera vez formando parte de los planes de estudio a mediados del siglo XIX (1847-1849), pero no se asentará hasta mucho más tarde, abandonándose durante largos periodos. Se incorpora definitivamente en el plan de estudios de lo que era la Educación General Básica en el año 1970. Además, nos encontramos con una formación universitaria en las ciencias del deporte que es relativamente reciente, si se tiene en cuenta que es a partir de la Ley 10/1990 del Deporte, cuando se inicia el proceso de adecuación de las enseñanzas de Educación Física que se imparten en los INEF a lo establecido en la Ley de Reforma Universitaria.

Como se ha señalado, la calidad de la Educación Física en España ha evolucionado con el paso del tiempo gracias a la influencia de diferentes factores, entre los que se pueden resaltar: El aumento de horas lectivas dedicadas a esta materia; El aumento de la importancia de esta asignatura otorgada por la población en general; la Existencia de profesores/as específicos de la materia; Y el hecho de que se perciba que la calidad de la Educación Física influye en la consecución de medallas del país²¹.

Pese a estas mejoras, la situación aún se encuentra con graves dificultades. Parte del problema radica en que nos regimos, como se ha señalado, por una ley sobre educación física mixta, instaurada con la Ley General de Educación de 1970, con la que no se consiguió resolver el problema de fondo, esto es, la reproducción del modelo tradicional de género llevado al deporte. Al contrario, la educación física mixta no se formuló de manera inclusiva, sino siguiendo el modelo masculino, es decir, desde una perspectiva androcéntrica, que no tuvo en cuenta las características y cualidades físicas de las mujeres, sino que anuló la diferencia y las actividades próximas a los intereses y experiencias de las niñas fueron ignoradas. Digamos que se invitó a las chicas a participar del deporte de chicos²².

Con el currículum escolar del área de educación física, la “clase de educación física”²³, debido a sus características específicas, tenemos una gran oportunidad para formar a los escolares en la perspectiva de género. Es una asignatura que tiene carácter obligatorio, por lo que va a llegar a todos los chicos y chicas. Y hay mucho por hacer, porque se trata de un área, de por sí, muy resistente al cambio, que se ha desarrollado a partir de un modelo

¹⁹ GUIJARRO-ROMERO S; MAYORGA-VEGA D; VICIANA J; CASADO-ROBLES GRÅSTÉN A & JAAKKOLA T “Intensidad de la actividad física y comportamiento sedentario de los estudiantes por perfiles de autoconcepto físico: Un análisis de perfil latente” *Revista Internacional del Deporte* 2020 págs. 185 a 201.

²⁰ PIEDRA, P. “La perspectiva de género en sociología del deporte en España: presente y futuro” *En Cambio social y deporte: transformaciones recientes y retos inmediatos RES* pág. 489-500 2019

²¹ INSTITUTO DE LA MUJER, “Estudio de 2005 sobre Actitudes y Prácticas deportivas de las Mujeres españolas (1990-2005). *Instituto de la Mujer*.”

²² SERRA PAYERAS, P, SOLER PRAT, S VILANOVA SOLER, A, HINOJOSA-ALCALDE, I Masculinización en estudios de las ciencias de la actividad física y el deporte . *Apunts Educación Física y Deportes* [en línea]. 2019, en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=551657706001> Obtenido el 30 de abril de 2020.

²³ Sobre el significado de educación física en relación con el deporte. 1) Puede entenderse que es lo mismo, que son expresiones sinónimas. 2) Son conceptos antagónicos: uno educativo, el otro deseducativo 3) Son ámbitos independiente con objetivos, dimensión social y financiación diferentes. 4) EF incluye al deporte, este es un medio o contenido de aquella y 5) El deporte incluye a la educación física. Este es un medio o contenido de aquél. La predominante es la cuarta. CORTÉS, N.; ASTRAÍN, C. & BARBERO, J.I. “El deporte en la escuela. Narración en torno a una práctica de investigación-acción”. En las *Actas del XIV congreso de Escuelas Universitarias de Magisterio*. U. Alcalá, 1996 págs..31-38.

masculino. De ahí, que se venga insistiendo desde hace años en la conveniencia de trabajar en este ámbito²⁴.

La educación física es proclive a reproducir los estereotipos de género, por las razones que hemos visto referidas al deporte de una manera general, a través de lo que se ha denominado currículum oculto. Esta expresión, acuñada, en 1968, supone que el currículum añade ciertos aprendizajes implícitos a los conocimientos, en los que se incluyen una serie de normas, valores y relaciones sociales, que se transmiten a través de las rutinas diarias en las escuelas y en los centros de formación del profesorado. Los estudiantes asumen ciertas prácticas sociales que les sirven para la construcción de sus identidades. Los estudios sobre la educación física, fundamentalmente los del contexto cultural anglosajón, se han ocupado en resaltar la dimensión oculta o encubierta del currículum en relación con la construcción de diversas identidades, entre ellas las de género y las de sexualidad²⁵

Es preciso también incluir una reflexión acerca de las dificultades que encuentran docentes y órganos administrativos de centros educativos respecto de las personas trans. No hay herramientas ni recursos y existe una falta de sensibilización en general y formación de docentes en particular y del resto de la comunidad educativa. Además, las expectativas de los resultados de cada discente se relacionan con el género, al igual que las exigencias y baremos, y el uso de las instalaciones. Es habitual que haya contenidos considerados para chicas y para chicos. Todo ello implica una mayor dificultad para estas personas en la Educación Física en la etapa de Educación Primaria.²⁶

Los aspectos en los que se ha entendido que es preciso trabajar son los siguientes:

En primer lugar, la mejora de los niveles de participación de las chicas en educación física, para lo que hay que atender a los diferentes intereses del alumnado. Pensemos que el género acrecienta las diferentes respuestas de chicos y chicas en su actitud inicial hacia la práctica deportiva y en sus propias capacidades en relación con cada deporte o ejercicio físico²⁷. Entre otros, las actividades de competición, que deben plantearse de manera que no actúen de forma disuasoria para las chicas; es interesante incorporar juegos competitivos cooperativos, en los que se valore el esfuerzo por encima del resultado²⁸.

Se pueden implementar otras actuaciones que mejoren la participación de las chicas, asumiendo, por ejemplo, roles de liderazgo que tradicionalmente corresponden a los chicos como arbitrar los partidos u organizar los campeonatos. De la misma forma, es conveniente impulsar el desarrollo de actitudes positivas hacia la educación física, integrando los intereses de las chicas. Mejorar los niveles de habilidad de las chicas, respetando sus ritmos de aprendizaje y cuidando los tiempos, materiales y utilización de espacios²⁹. Es recomendable incluir diferentes criterios de éxito, para que refuercen la autoconfianza en las propias capacidades físicas.

Se ha planteado también una forma de innovación curricular interesante, aplicable en contextos en que se margina a las chicas adolescentes como consecuencia de la cultura masculina dominante. Se trata de asignar como entrenadores a los alumnos y a las alumnas más aventajados, y enseñar, tanto al profesorado como a estos entrenadores, estrategias de resolución de conflictos y de respeto a los participantes para elevar sus percepciones de éxito. Se establecen rotaciones para que todo el alumnado pase por distintas posiciones de juego; se asignan a los estudiantes más hábiles tareas de ayuda a los menos diestros; a estos últimos

²⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Dir) *Guía PAFIC para la promoción de las chicas en el deporte* coeditado por CSD e Instituto de la Mujer 2010 <https://sede.educacion.gob.es/publivena/guia-pafic-para-la-promocion-de-la-actividad-fisica-en-las-chicas/mujer-y-deporte/13069> Obtenido el 25 de abril de 2020

²⁵ DEVÍS, J., FUENTES, J., SPARKES A.C. “¿Qué permanece oculto del currículum oculto? las identidades de género y de sexualidad en la educación física”. *Revista Iberoamericana de Educación*. N.º 39 (2005), págs. 73-90

²⁶ PÉREZ-ENSEÑAT A, MOYA-MATA I “Diversidad en la identidad y expresión de género en Educación Física: Una revisión de la literatura” *Retos*, 2020 págs. 818-823

²⁷ GARCÍA MONGE, A. & MARTÍNEZ ÁLVAREZ, L. “Desmadejando la trama del género en la Educación Física desde escenas de práctica escolar”. *Tabanque*, 2000 págs. 93- 119.

²⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Dir) *op. cit.* 2010.

²⁹ *Ibíd.*

también se les adjudican responsabilidades organizativas y de apoyo general fuera del juego, y el profesorado supervisa el desarrollo de todo el proyecto. Los resultados indican la existencia de unas mejoras en el ambiente deportivo de las chicas, al aumentar el disfrute y la percepción del éxito, la cooperación entre chicos y chicas, y las actitudes positivas de ellos hacia ellas³⁰.

Es preciso, en definitiva, desarrollar estrategias didácticas específicas para cada uno de los contenidos curriculares que pueden impartirse dentro de la Educación Física escolar, desde la perspectiva de género. Para ello, resulta clave tener en cuenta las variables motivacionales, debido a su importancia para optimizar los procesos de enseñanza-aprendizaje. Se ha visto, por ejemplo, que resulta conveniente apoyar la competencia en fútbol sala dentro del género femenino, porque en este deporte se han encontrado diferencias significativas en la percepción de competencia, con valores significativamente superiores para el género masculino³¹.

Además, la clase de educación física puede perseguir objetivos más completos, que sobrepasen el ámbito de actuación de la propia clase. Así, se aconseja, desde la clase, el fomento de la actividad deportiva de las chicas durante su tiempo libre. Y ayudarles a diseñar un plan de actividad física, tratar sobre las dificultades que encuentran las chicas y buscar soluciones, así como coordinar las actividades curriculares con las extracurriculares.

En definitiva, la educación física desde el aula nos ofrece oportunidades para sensibilizar al alumnado sobre la desigualdad, así como para promover el cambio y romper con estereotipos. Para ello es preciso que, previamente, el docente sea consciente de la necesidad de trabajar desde la igualdad de género³². Entre otros aspectos debe incidirse en que no hay unas actividades más adecuadas para chicos y otras para chicas. Puede resultar útil a estos efectos, integrar categorías tradicionalmente femeninas en la misma medida que las masculinas, incentivar la participación en actividades culturalmente asociadas a otro sexo, o utilizar materiales que fomenten visiones no estereotipadas³³.

La práctica deportiva fuera del horario escolar, no obligatoria, voluntaria y motivada por los propios escolares o por sus padres, dependiendo de su edad tampoco está exenta de barreras para las chicas³⁴. Tales barreras se evidencian al final de la etapa de Primaria. Hasta la categoría infantil no plantea tantos problemas porque las actividades pueden realizarse en equipos mixtos. Sin embargo, en los cursos siguientes se va haciendo más complicado, porque las competiciones deportivas dejan ser mixtas y es posible que no se cuente con un número mínimo de participantes para formar equipos femeninos y que esto exija un desplazamiento de la niña, que, a su vez, dificulta la práctica del deporte³⁵.

Además, hay estereotipos de carácter sociocultural que hacen que las niñas no se inscriban en deportes típicamente masculinos, por la imagen que éstos transmiten y falta oferta deportiva educativa de actividades orientadas mayoritariamente chicas. Es necesario que se ofrezcan alternativas pensadas en los intereses de las chicas, para que incrementen su participación. A estos efectos, algunas de las opciones para mejorar la posición de las

³⁰ Se trata de una iniciativa liderada por Ennis (1999) denominada «Deporte para la Paz»: “Creating a Culturally Relevant Curriculum for Disengaged Girls”, en *Sport, Education and Society*, 4, 1, pp. 31-50. Fuente: DEVÍS, J., FUENTES, J., SPARKES A.C. *ob. cit.* 2005, pp. 73-90

³¹ SEVIL J ÁNGEL ABÓS A, JULIÁN JA, MURILLO B, GARCÍA-GONZÁLEZ L “Género y motivación situacional en Educación Física: claves para el desarrollo de estrategias de intervención” *Revista Internacional de Ciencias del Deporte* 2015, págs. 281-296

³² La norma reguladora establece, entre las competencias que se deben adquirir: “Diseñar y regular espacios de aprendizaje en contextos de diversidad y que atiendan a la igualdad de género...” ORDEN ECI/3857/2007, de 27 de diciembre, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Maestro en Educación Primaria. Ministerio de Educación y Ciencia. «BOE» núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

³³ FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Dir) *op. cit.* 2010

³⁴ LA ESTRATEGIA DE CHAPMAN. LA ESTRATEGIA DE CHAPMAN. “Mujer y deporte. La situación de la mujer en el panorama deportivo español e internacional”

<https://sede.educacion.gob.es/publiventa/situacion-de-la-mujer-en-el-panorama-deportivo-espanol-e-internacional-diciembre-2015-actualizacion-datos-junio-2016/mujer-y-deporte/21466> (2015) pág.42 y ss.

³⁵ *Ibíd.*

chicas son equilibrar la oferta de programas de deporte recreativo y de competición, dar mas opciones a las chicas en el deporte de competición y organizar los recursos conforme a criterios de género, adaptando las instalaciones, equipamientos y materiales³⁶.

Diferenciamos las actividades extraescolares dentro y fuera del centro escolar. Las actividades dentro del centro hacen depender su oferta de dos factores principales: las instalaciones y el número del alumnado que tenga interés en la actividad. Además, cada centro define su política de actividad deportiva. Es posible que se fomente el deporte a través de la competición, pudiendo crear ligas entre colegios, municipales, o incluso ligas federadas o puede estructurarse como club deportivo. La otra opción es que el deporte esté más dirigido al disfrute, sin que tenga una orientación competitiva. En todo caso, existe una inercia que lleva a los centros a extrapolar la tendencia de las clases de educación física a las actividades extraescolares que ofrece.

De otra parte, cada vez son mas las chicas implicadas en prácticas físicas fuera del contexto escolar, fundamentalmente en actividades como aerobic, natación o andar a pie van en aumento. Y, sin embargo, el profesorado de educación física, tanto en los grados, como en los centros escolares, sigue señalando el desinterés de las chicas por la actividad física. Es evidente que las barreras más fuertes se crean dentro del ámbito escolar, como consecuencia de actitudes no evidentes en muchos casos, que conforman el que se ha denominado currículum oculto. Lo que conlleva la necesidad de centrar esfuerzos y dar prioridad a la educación física desde la perspectiva de género.

Podemos resumir las barreras con que se encuentran las chicas, que se pueden clasificar, siguiendo a VAZQUEZ³⁷, en biológicas, educativas, deportivas y socioculturales:

Entre las barreras biológicas, la autora destaca las siguientes: El menor rendimiento y capacidad funcional que los chicos; Las características morfológicas, de ritmo de crecimiento y de maduración; La respuesta del organismo femenino al ejercicio de alta intensidad; La respuesta orgánica a las sustancias dopantes, y de mejora del rendimiento; Las situaciones relacionadas con la maternidad; El concepto y experiencias corporales limitantes³⁸.

Entre las barreras educativas, la autora señala: Unas menores expectativas de los padres y del profesorado en relación con la práctica deportiva de las mujeres. Lo que se traduce en un menor apoyo social recibido y en la construcción de modelos de práctica más cercanos a los intereses masculinos que a los femeninos. Además, faltan proyectos educativos en los centros que incluyan la perspectiva de género y respondan a los intereses de las chicas. Otra de las barreras señaladas son la baja autoestima de las chicas respecto de su competencia motriz, la poca implicación en las actividades deportivas y el bajo nivel de hábitos deportivos y de formación deportivo. En definitiva, hay una menor vinculación de las chicas a la educación física³⁹.

Se pueden señalar también barreras de naturaleza deportiva. Dentro de éstas se han destacado las siguientes: Las estructuras deportivas están pensadas desde una perspectiva androcéntrica. En suma, por y para los hombres. Los escolares perciben que los chicos hacen más cantidad de actividad física que las chicas, circunstancia que puede estar condicionada, entre otros factores, por la oferta de actividades, ya que tanto en el ámbito escolar, como extraescolar siguen predominando los deportes “masculinos”; Los modelos de práctica, horarios y dedicación pensados para hombres; las normas, reglamentos y lenguaje adaptados a los hombres; Una menor disponibilidad de recursos: espacios, instalaciones y material; La menor disponibilidad de recursos humanos: entrenadores. Se trata de formaciones realizadas en el ámbito estrictamente federativo. Se ha señalado la enorme diferencia porcentual entre sexos. El hecho de que los gestores y demás cuerpos técnicos estén compuestos

³⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Dir) *op. cit.* 2010

³⁷ VAZQUEZ GÓMEZ B. *op. cit.*

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*

mayoritariamente por hombres; La ausencia de rol deportivo de las mujeres; Y las prohibiciones de tipo religioso⁴⁰.

Por último, entre las barreras Socioculturales⁴¹, destacan: La presencia de estereotipos sobre los modelos sociales de hombres y mujeres. Esta cuestión es especialmente relevante porque afecta de forma muy fuerte durante la niñez y adolescencia. La creación de estos estereotipos puede conllevar que las niñas y adolescentes se alejen del deporte. Lo que, a su vez, produce un efecto negativo, porque esta etapa es determinante para que su práctica se asuma como un hábito permanente⁴². La asignación social de la práctica y del interés deportivo a los hombres conlleva, por tanto, diferencias en el reconocimiento social y económico de las deportistas en relación con los chicos, así como una escasa valoración a la participación de las chicas. De lo que deriva el menor interés de las chicas por el deporte. Además de que para las chicas supone un mayor esfuerzo para conciliar las prácticas deportivas con los roles familiares y sociales⁴³

En segundo lugar, ciertos deportes se consideran más masculinos que otros, como, por ejemplo, el rugby o el fútbol frente a la gimnasia o el ballet, que se han asociado a la práctica de las niñas tradicionalmente. Se vincula a los chicos con actividades que requieran fuerza, resistencia, que son más activas, agresivas o de riesgo, mientras que a las chicas se las con actividades de ritmo, expresión, elasticidad, flexibilidad y coordinación. También se vinculan, como se ha señalado, los rasgos que se consideran propios de chicos, con determinadas actividades como la “agresividad” y la “competición” frente a la “cooperación” y mayor “tranquilidad” de las chicas⁴⁴.

De esta forma, dichos estereotipos dificultan que las chicas practiquen actividades consideradas del espacio masculino, o viceversa, bien porque se les cierra directamente el acceso a ellas, bien porque se encuentran con la disuasión u oposición de familiares y amigos y amigas. Las chicas o los chicos que consiguen vencer estas barreras y practicar la actividad, se encuentran con comentarios sexistas y despectivos expresadas por personas de su entorno y han de superar un clima implícito de desaprobación y rechazo a su participación en ese tipo de deporte o actividad.⁴⁵

Los datos constatan la mayor aproximación de los chicos al deporte competitivo y de las chicas el recreativo. Las chicas se alejan del modelo competitivo y van en búsqueda de una actividad más recreativa a partir de los 12 años. Por eso, la práctica de competición se mantiene constante en las primeras edades, pero, decae progresivamente a partir de los 12-13 años. Los modelos se acercan a partir de los 17 años. Es entre 16-18 años cuando más decae, sobre todo, entre las chicas, con una diferencia de hasta 6 puntos, en relación con los chicos. Estas diferencias se mantendrán, incluso aumentarán en las edades superiores. Entre los practicantes de deporte competitivo, el 49% lo hacen de forma federada, con una diferencia de 12 puntos entre chicos y chicas, a favor de los chicos⁴⁶

En esta situación por la que las chicas se alejan de la competición coincide con que el COI ha decidido extender la alta competición a edad adolescente, al asociarla con ciertos valores: fortalecer cuerpos y mentes, enseñar a respetar reglas, respetar al adversario, desarrollar habilidades sociales y ayudar a la integración, aportar identidad, dar alegría y orgullo y mejorar la salud.

Destacamos un último aspecto que constituye una barrera que es preciso tener en cuenta. Se trata de la seguridad en el deporte para las mujeres. Las chicas y adolescentes, por su extrema vulnerabilidad deben evitar situaciones que puedan producir abuso o acoso sexual

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² REIGAL, R., VIDERA, A., PARRA, J. L., JUÁREZ, R. “Actividad físico deportiva, autoconcepto físico y bienestar en la adolescencia”. *Retos. Nuevas tendencias en Educación Física, Deporte y Recreación*. 2012, págs. 19-23.

⁴³ VAZQUEZ GÓMEZ B. *op. cit.*

⁴⁴ BLANDEZ ÁNGEL, J.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; SIERRA ZAMORANO, M.A. “Estereotipos de género, actividad física y escuela: La perspectiva del alumnado” En *Revista del Profesorado*. 2007.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ VAZQUEZ GÓMEZ B. *op. cit.* 2016

en el deporte. En este sentido, la declaración del COI sobre abuso sexual en el deporte y de la ONU 2006, sobre el riesgo de violencia por motivos de género para las niñas y mujeres deportistas, se hacen eco de la envergadura de este problema.

En el ámbito de la UE, se han hecho estudios que indican datos alarmantes de prevalencia del acoso sexual y de género en el deporte⁴⁷ en los que se incluyen el abuso y el acoso sexual infligido por entrenadores masculinos a mujeres y niñas. Algunos entornos, especialmente aquellos tradicionalmente etiquetados como "masculinos", se caracterizan por la misoginia y la homofobia. La violencia de género también está particularmente relacionada con cuestiones de interseccionalidad, que opera siempre en políticas de igualdad, ya que las mujeres con discapacidad sufren más episodios de violencia que otras mujeres. En 2007, el Parlamento Europeo instó a los Estados miembros a "identificar las mejores prácticas en la lucha contra el acoso sexual y el abuso en el deporte". Sin embargo, la acción y la evaluación varían según el deporte y el país⁴⁸

En el fútbol, la Real federación Española de fútbol ha aprobado el "Protocolo para la prevención, detección y actuación frente al acoso y abuso sexual". El punto de partida es el carácter vertical de las relaciones entre los profesionales del mundo del deporte y las personas que lo practican. Lo que conlleva una desigualdad basada en el mayor poder y autoridad de que dispone la figura del profesional. En la elaboración del citado protocolo se evidencia que las relaciones asimétricas llevan a forzar la realización de conductas que implican un grave riesgo para el desarrollo de la persona, como son los maltratos y abusos. También se ha considerado la posibilidad de que se produzcan situaciones de acoso y abuso sexual entre los propios deportistas⁴⁹.

En conclusión, nos encontramos, pese a que ha habido una evolución positiva, sigue existiendo un problema de abandono, propiciado por varios agentes, tanto individuales, que tienen que ver con el auto-concepto y la baja valoración de las chicas de sus capacidades motrices, como sociales, el menor refuerzo social o la falta de acciones inclusivas en la escuela, así como el uso de un lenguaje sexista en el deporte, o las instalaciones y medios pensadas para chicos y la marcada diferencia entre el número de profesores y profesoras que impartan esta asignatura⁵⁰, que crean barreras de distinto orden, a las que hemos hecho referencia de forma detallada.

Todas estas cuestiones influyen, en mayor o menor orden, en la creación de esa identidad deportiva a la que hacíamos referencia y en su consecuente acercamiento de las niñas y jóvenes al deporte. Debemos ver a continuación quién debe actuar y con qué instrumentos jurídicos contamos.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, prevé, en su artículo 24, como uno de los fines del sistema educativo, la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres. Lo que supone eliminar obstáculos para lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el fomento de la igualdad plena entre unas y otros. . De acuerdo con la Ley, la Administración educativa podrá, tomar las siguientes medidas de acuerdo con la Ley.

- *“La atención especial en los currículos y en todas las etapas educativas al principio de igualdad entre mujeres y hombres.*
- *La eliminación y el rechazo de los comportamientos y contenidos sexistas y estereotipos que supongan discriminación entre mujeres y hombres, con especial consideración a ello en los libros de texto y materiales educativos.*

⁴⁷ <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/policy-areas/sport>. Estos varían entre el 14% y el 73% en los 9 países europeos que han realizado estudios empíricos en esta área. Se cree que el acoso sexual y de género ocurre en todos los deportes. La experiencia del acoso sexual aumenta a medida que uno pasa del nivel recreativo al nivel de élite. El acoso sexual verbal parece ser la forma más frecuente de acoso en el deporte. Obtenido el 28 de marzo de 2020

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ https://cdn1.sefutbol.com/sites/default/files/pdf/protocolo_prevencion_abuso_y_acoso_federacion_futbol.pdf
Obtenido el 25 de abril de 2020.

⁵⁰ INSTITUTO DE LA MUJER, "Estudio de 2005 sobre Actitudes y Prácticas deportivas de las Mujeres españolas (1990-2005). *Instituto de la Mujer.*"

- *La integración del estudio y aplicación del principio de igualdad en los cursos y programas para la formación inicial y permanente del profesorado.*
- *La promoción de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de control y de gobierno de los centros docentes.*
- *La cooperación con el resto de las Administraciones educativas para el desarrollo de proyectos y programas dirigidos a fomentar el conocimiento y la difusión, entre las personas de la comunidad educativa, de los principios de coeducación y de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.*
- *El establecimiento de medidas educativas destinadas al reconocimiento y enseñanza del papel de las mujeres en la Historia”*

En el marco de la Ley, se hace necesario una actuación conjunta entre los centros escolares, que son quienes primero deben actuar, y los organismos de promoción deportiva. Para lo que necesitan recursos y medios. Como se ha señalado⁵¹, es urgente romper esquemas de competición que responden a un modelo único, e incluir la perspectiva de género, con programas de formación enfocados a chicas de distintos perfiles. Es necesario incluir modelos más didácticos de la competición en el marco escolar, fomentar valores positivos en la competición e incluir contenidos novedosos. Esto último, la inclusión de dichos contenidos novedosos deberán hacerse, según se especifica, de manera, que primen el interés del equipo al individual, que eviten situaciones de frustración y fracaso, en el que predomine la cooperación y que se oriente a la valoración del proceso antes que al logro de resultados. Todo ello desde la perspectiva de género.⁵²

3. EL DEPORTE EN LA UNIVERSIDAD

El origen mismo del deporte, entendido como la práctica deportiva de competición, se sitúa, en España, en las universidades a principios del siglo XX. Se relaciona con la aparición de las asociaciones deportivas en algunas universidades españolas en los años 20 que, según las crónicas de la época, desarrollan una "labor educativa de la inteligencia deportiva del joven español en dos sentidos: el moral y el físico". Se produce un paréntesis con la Guerra Civil, pero durante la época de la Dictadura se potencia el deporte, a través del Sindicato Español Universitario. Con la ley de Ordenación Universitaria de 1943 el deporte se considera parte de la educación "integral" y la Educación Física recibe un nuevo fuerte impulso. Los siguientes pasos serán institucionalizar los campeonatos de España universitarios y crear la Federación Española del Deporte Universitario. Inicialmente se comprende en los planes universitarios como una materia obligatoria, hasta el año 1977, en el que la Educación Física y el Deporte pasa a tener carácter voluntario⁵³

Con la aprobación de la Ley 13/1980 de Cultura Física, la Administración Pública, en desarrollo del artículo 43 de la Constitución, pasa a ser la competente para el fomento del deporte. Durante esa época se crea una estructura deportiva Universitaria a través de las Agrupaciones que integran la Organización Nacional, donde convergerán estructuras deportivas de índole competitiva y de deporte para todos⁵⁴

Con la Ley de Reforma Universitaria, las universidades adecúan sus estatutos para que el deporte se gestione a través de los nuevos Servicios o Secretariados de Deportes, que pretenden el fomento de la actividad física deportiva, así como de las asociaciones dentro de

⁵¹ RAMIREZ E. FERNÁNDEZ GARCÍA E. "Las niñas y las jóvenes en la educación física y la competición escolar" en las ponencias de las Jornadas organizadas por el Instituto de la Mujer "25 años del Seminario Mujer y Deporte" Madrid 2016

http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaDeporte/docs/SeminariosEncuentros/ELENA_RAMIREZ_EMILIA_FDEZ.pdf Obtenido el 14 de abril de 2020.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ MORALES CEVIDANES MA "aproximación al deporte universitario español, desde sus inicios hasta su organización actual" *Materiales para la Historia del Deporte* 2010 págs. 1887-9586

⁵⁴ *Ibíd.*

la institución Universitaria. En el año 1988, se crea el Comité Español de Deporte Universitario, que se convierte en el órgano asesor en materia de deporte universitario, que viene a desarrollar funciones que estaban, en parte, encomendadas al Consejo Superior de Deportes (CSD), modificado con la Orden ECD/273/2004, de 3 de febrero⁵⁵

En primer lugar, vemos a quién corresponde determinar las líneas de actuación del deporte universitario. Son el Comité Español del Deporte Universitario (CEDU), el Consejo de Universidades (CU) la Conferencia General de Política Universitaria (CGPU), la Administración autonómica y central, junto los equipos de gobierno de cada universidad, los que definen, cada uno desde su ámbito de competencias, la política universitaria deportiva.

Se trata de una etapa muy importante porque son los años en los que más tiempo se dedica al deporte. En las encuestas de hábitos deportivos, vemos que la época en que más deporte se practica es entre los 15 y 25 años, coincidiendo, en su mayoría, con los estudios universitarios. Por lo tanto, se trata de un segmento que exige una especial atención.

Nos preguntamos qué ocurre con la igualdad en ese periodo universitario. Pues bien, tal y como se ha señalado⁵⁶, es indicativo de la desigualdad la disparidad entre el número de matrículas universitarias, que es superior en número de mujeres, y la participación en deportes universitarios, que no refleja esa mayoría. Al contrario, tiene mayor presencia el deporte masculino⁵⁷

Respecto de las motivaciones de la práctica deportiva, no vienen dadas tanto por el deseo de competir, aunque también tiene su espacio, sino por otras relacionadas con la salud, o simplemente estar en buena forma.

La siguiente pregunta es en quién recae la responsabilidad de fomentar el deporte en las mujeres en ese periodo. Es cada universidad la competente en la organización de eventos y competiciones deportivas en el entorno de esta. Y dependiendo del ámbito territorial, será la Administración municipal o autonómica, o bien la federación deportiva de que se trate o el Comité Español del Deporte Universitario.

Respecto del Deporte universitario. Tenemos como referente los datos de los Campeonatos nacionales. Los resultados relativos a 2018 indican que el número total de deportistas participantes en las fases finales de los Campeonatos de España Universitarios fue de 3.853, cifra que alcanza los 6.975 en los Campeonatos de España en Edad Escolar. Si se desglosan los resultados por sexo, se observan diferencias más significativas en los datos relativos a campeonatos universitarios, con 2.172 deportistas hombres, el 56,4%, y 1.681 mujeres, el 43,6%⁵⁸.

Hacemos referencia también al deporte universitario de alto nivel. En este caso se trata de ver cómo se compaginan estudios y deporte de competición. Se han encontrado barreras que dificultan su profesionalización, entre las que se han destacado las siguientes: la falta de becas y la ausencia de apoyo institucional, que es aún mayor en el caso del deporte femenino; la falta de instalaciones deportivas de calidad; el mínimo nivel de competición universitaria; por último, las dificultades de los deportistas para compatibilizar la carrera deportiva y la formación educativa⁵⁹.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ LA ESTRATEGIA DE CHAPMAN. *op. cit.* 2015 pág. 71-72.

⁵⁷ En el curso académico 2017-2018 un total de 10.755 alumnos se matricularon en Enseñanzas Deportivas del Régimen Especial. Por lo que respecta a las enseñanzas no universitarias del Régimen General, en el curso académico 2016-2017, 30.779 alumnos cursaban formación profesional vinculada al deporte, cifra que supone el 4,3% del total del alumnado en este tipo de enseñanza. Los alumnos matriculados en enseñanza universitaria –grado, máster, doctorado y 1º y 2º ciclo- vinculada al deporte ascendieron a 22.045, el 1,4% de este tipo de enseñanzas. Fuente el *Anuario de Estadísticas deportivas* Centro Superior de Deporte 2019.

⁵⁸ Fuente: *Anuario de Estadísticas deportivas* Centro Superior de Deporte 2019.

⁵⁹ LA ESTRATEGIA DE CHAPMAN. *op. cit.* 2015 pág. 47 y ss.

4. LA FORMACIÓN EN PERSPECTIVA DE GÉNERO DE QUIENES EDUCAN EN DEPORTE.

Un aspecto fundamental es la formación que tiene el profesorado de educación física en materia de género.

Nos interesa primero saber si el profesorado tiene formación en igualdad. Y esto, porque la orientación y el entrenamiento que integren la perspectiva de género pueden reducir la alta tasa de deserción escolar de niñas y mujeres del deporte, al tiempo que eviten los estereotipos de género sexistas en el deporte y creen un clima social y educativo positivo para todos.

De manera general, la formación del profesorado⁶⁰ en materia de género sigue siendo una asignatura pendiente en nuestro país, tanto en lo referido a la formación inicial como a la formación permanente⁶¹. Esto se achaca a la invisibilidad de esta problemática para una gran parte del profesorado en ejercicio⁶². El problema está en que se crea, como se ha señalado, un círculo vicioso que sólo se puede romper mediante la formación: no hay formación porque no hay demanda de esta y no hay demanda de formación porque sin ella se ignora la problemática y se cree, en términos generales, que la igualdad entre chicos y chicas ha llegado a las aulas⁶³.

Para evitar esta situación, es necesario, con carácter previo, que quién se encarga de formar en educación física haya recibido, a su vez, formación en materia de igualdad de género⁶⁴. Por lo tanto, la formación de maestros y maestras en educación física debe incorporar la perspectiva de género. Sin embargo, la inclusión de la perspectiva de género en la formación del profesorado de Educación Física (EF) continúa siendo muy limitada en la formación inicial de los estudios de Grado de Ciencias de la Actividad Física y el Deporte⁶⁵.

Tanto la Ley Orgánica de Igualdad como la LOU (Ley Orgánica de Universidades) potencian la perspectiva de género.

La LOI, referido a la educación superior, señala en su artículo 25, respecto a la igualdad en el ámbito de la educación superior que las Administraciones públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias fomentarán la enseñanza y la investigación sobre el significado y alcance de la igualdad entre mujeres y hombres.

En particular, y con tal finalidad, señala la Ley que las Administraciones públicas promoverán:

- a) La inclusión, en los planes de estudio en que proceda, de enseñanzas en materia de igualdad entre mujeres y hombres.
- b) La creación de postgrados específicos.

⁶⁰ Se incluye tanto los profesores de Educación Infantil, Primaria, Departamentos de Orientación y Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica. Se refiere a si están preparados para conocer las actitudes y el grado de preparación que tienen los profesionales de la educación para atender a la diversidad de género. GÓMEZ-JARABO, I. & SÁNCHEZ- DELGADO, P. "Formación del profesorado en cuestiones de género". *Revista de Comunicación de la SEECI*, 2017 págs. 53-68.

⁶¹ *Ibid.* Todas las pruebas muestran que la formación para la convivencia entre sexos ha estado ausente en la preparación de la mayoría de participantes (únicamente un 27,1% afirma haber recibido algo de formación en ese sentido). págs. 53-68

⁶² DÍEZ-ROS "Inclusión de la perspectiva de género en las guías docentes de asignaturas de Didáctica". En M.T. Tortosa, S. Grau, & D. Álvarez (ed.) *XIV Jornadas de Redes de Investigación en Docencia Universitaria. Investigación, innovación y docencia universitaria: enfoques pluridisciplinares* págs.. 2665- 2679. Universidad de Alicante. 2016. Se han analizado guías de estudio y se constata la falta de perspectiva de género en las mismas.

⁶³ ANGUITA, R. "El reto de la formación del profesorado para la igualdad". *REIFOP*, 2011 págs. 43-51;

⁶⁴ LLEIXA T; SOLER S; SERRA P: "Perspectiva de género en la formación de maestras y maestros de Educación Física" *Federación Española de Asociaciones de Docentes de Educación Física (FEADEF) Retos* 2020

⁶⁵ LÓPEZ DE SUBIJANA HERNÁNDEZ C; BARRIOPEDRO MORO M; CONDE MIÑANO. M.J; GIRELA-REJÓN, M.J. "Evaluación de una propuesta formativa sobre género en Educación Física para estudiantes de Ciencias de la Actividad Física y el Deporte". *Ciencia, Cultura y Deporte*, 12 (36) 2017 págs. 195-202.

c) La realización de estudios e investigaciones especializadas en la materia.

En la Ley Orgánica 4/2007, de Universidades (LOU) también encontramos abundantes referencias a la igualdad de hombres y mujeres y al papel que corresponde a la Universidad a este respecto. De hecho, la Ley prevé las unidades de igualdad para el desarrollo de las funciones relacionadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Pese a estas previsiones legales, la realidad nos indica que, aunque se han eliminado los aspectos discriminatorios contra las mujeres, especialmente los que son más explícitos o evidentes, tales como el veto del acceso de las mujeres a determinados estudios o niveles o la oferta de materias diferenciadas por sexo, siguen existiendo otros aspectos se mantienen de forma más o menos atenuada⁶⁶.

En la educación física en las escuelas se siguen reproduciendo modelos tradicionales de género y de desigualdad en las relaciones entre niñas y niños. El profesorado reproduce modelos de masculinidad y feminidad hegemónicas y perpetúan la hegemonía masculina en las prácticas de actividad física y deportivas que han ido construyendo y acumulando desde sus propias experiencias escolares. Esta es la opinión de la mayoría de la doctrina, que indica cómo se transmiten mensajes, a través de gestos, o comentarios, actitudes o tonos de voz que son mucho más potentes que el currículum explícito. Nos referimos de nuevo al currículum oculto. Las interacciones entre profesorado y niños y niñas son, también, diferentes y desiguales. Los estudios que analizan el currículum oculto en educación física en materia de género han identificado, entre otros, unas expectativas diferenciadas del profesorado; comportamientos en el alumnado con sesgo de género; prácticas hegemónicas tradicionalmente masculinas; etiquetas al alumnado femenino y masculino; dominio de los chicos en las interacciones; atención más dirigida a chicos que a chicas; utilización de imágenes estereotipadas; y lenguaje sexista⁶⁷.

Se ha observado que el profesorado es consciente de un cierto predominio masculino en las clases, pero lo encuentra normal. Es algo que debe ser manejado, pero no desafiado. El profesorado considera que los estereotipos de género, particularmente las ideas relacionadas con los aspectos físicos y la corporeidad reflejan la realidad de niños y niñas⁶⁸.

En definitiva, el entrenamiento deportivo adolece de una brecha de género, y las mujeres están subrepresentadas en todos los niveles desde el local hasta el ámbito internacional. Por eso, es necesario que las personas responsables de la educación, de la formación y del desarrollo de los entrenadores, y de todo personal deportivo, se aseguren que los procedimientos y las experiencias de enseñanza examinen asuntos relacionados con la equidad entre los sexos y las necesidades de las atletas, reflejen equitativamente el papel de las mujeres en el deporte, y tengan en cuenta las experiencias, los valores y las opiniones de las mujeres en cuanto a la dirección⁶⁹ Para ello, necesitan formación previa.

Vemos, en concreto, cómo se ha introducido la perspectiva de género en el currículum universitario y, más específicamente, en el grado de Ciencias de la Actividad Física y el Deporte. Los estudios realizados tras el análisis de contenido y de discurso de 763 guías docentes procedentes de 16 universidades españolas, concluyen con que el conocimiento sobre género goza de poco espacio en los programas universitarios⁷⁰. El análisis es más profundo y

⁶⁶ ANGUIA, R Y TORREGO L: "Género, educación y formación del profesorado. Retos y posibilidades" *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 2009 págs. 17-25. "Se puede observar en el uso de un lenguaje sexista.. que invisibiliza a las alumnas en su conjunto; materiales educativos centrados en un currículum androcéntrico; la distribución estereotipada de las niñas y mujeres estudiantes en diferentes ramas y estudios del sistema educativo y la distribución estereotipada de las profesoras por los diferentes niveles y ramas del sistema educativo"

⁶⁷ LLEIXA T; SOLER S; SERRA P: "Perspectiva de género en la formación de maestras y maestros de Educación Física" *Federación Española de Asociaciones de Docentes de Educación Física (FEADEF) Retos* 2020

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ <https://www.csd.gob.es/sites/default/files/media/files/2018-09/declaracion-brighton.pdf> Obtenido el 14 de abril de 2020.

⁷⁰ SERRA PAYERA, P., VIZCARRA MORALES MT, BÁÑEZ DE ELEJALDE G, PRAT GRAU M, SOLER PRAT S. "Análisis del discurso de género en las matrices curriculares de las Ciencias de la Actividad Física y el Deporte" *Movimento*, Porto Alegre, 2016. Págs.. 821.834

pretende no solo saber si se incluye, o no, sino cómo se representa, en su caso, la perspectiva de género. Las conclusiones, de acuerdo con estos estudios, son las siguientes:

Primera, en casi un 75.6% de las guías no hay ninguna referencia a la perspectiva de género. Desde las diversas áreas de conocimiento que se abordan en los estudios de Ciencias en Actividad Física y del Deporte, en concreto, salud, educación, gestión, recreación, o entrenamiento deportivo, destaca la ausencia de referencias a la experiencia y realidad de las mujeres o a la influencia de los modelos y relaciones de género en la práctica deportiva. Incluso, el estudio destaca la ausencia del término ‘género’ en la asignatura de ‘Sociología de la actividad física y el deporte’, que se diluye bajo el término “aspectos socioculturales”.

Segunda, en un 18.4% la presencia de la cuestión de género es superficial, o como señala el trabajo, ‘políticamente correcta’. Esto supone, que se ajustan a la legislación establecida, pero se intuye que sin mucha convicción ya que no desarrollan estas competencias ni en forma de resultados de aprendizaje, contenidos, en metodología, o en la bibliografía. Así, se incluye la perspectiva de género en las competencias generales del título, pero éstas no se desarrollan en las guías docentes, realizando un discurso ‘políticamente correcto’. Medidas formales sin desarrollo.

Tercera. En el 3.5% de las guías, se reproduce a mujeres débiles, pasivas y oprimidas. Esto supone que se incluyen mujeres, pero se reproducen los modelos tradicionales de género. De acuerdo con el resultado del estudio, el sujeto objeto de atención en estas asignaturas es básicamente el hombre, y cuando aparecen las mujeres es para subrayar las diferencias en sus capacidades de desarrollo motriz, asumiendo el colectivo de mujeres como un grupo homogéneo. Se observa que las mujeres aparecen para centrarse en aspectos relacionados con su función reproductiva, con temas como ‘Actividad física durante el embarazo’ o ‘Actividades acuáticas para embarazadas’. De manera que se refuerzas estereotipos y roles tradicionales.

Cuarto. Un 2.6% de las guías, reconocen lo femenino y las aportaciones y experiencias de las mujeres. De acuerdo con el estudio, este porcentaje de guías dan valor a la cultura deportiva femenina, visualizando la diversidad existente entre las diferentes mujeres, así como entre los hombres. Se presentan a las niñas, jóvenes y mujeres como personas con intereses y gustos diferentes. Se incide en las limitaciones del concepto de igualdad de oportunidades y se pone el acento en la igualdad efectiva.

El quinto y último grupo de guías se centra en la transformación de las relaciones de género. Ocurre en un 0.9% de las guías, en las que como se ha señalado: se manifiesta el compromiso con la práctica frente a lo formal y teórico. Hay un enfoque en la capacidad de transformación social, yendo más allá del discurso teórico, se proponen metodologías que fomenten la reflexión entre el alumnado sobre sus identidades de género y el impacto que tiene en la sociedad. Se evidencia una intención de visibilizar las situaciones de desigualdad y discriminación por razón de género.⁷¹

Si ésta es la situación descrita, resulta necesario conocer las acciones formativas de carácter no obligatorio. Pues bien, el hecho de que se sitúen fuera del plan de estudios convierte estas acciones en pura anécdota. No hay implicación del conjunto de la comunidad educativa ni una continuidad posterior. La transversalidad como única metodología para incluir las cuestiones de género está siendo inefectiva por lo que urge buscar un nuevo modelo que incorpore las enseñanzas de género como aspecto obligatorio y básico a través de asignaturas específicas a lo largo de la formación académica⁷². Como se ha señalado, bajo el argumento de la transversalidad está ocurriendo que no se configuran materias ni asignaturas en los nuevos planes de estudio, por entenderse que la cuestión de género, junto con otras como la transversalidad, no puede reducirse a una simple asignatura, sino que han

⁷¹ SERRA PAYERA, P.; VIZCARRA MORALES MT, BÁÑEZ DE ELEJALDE G, PRAT GRAU M, SOLER PRAT S. “Análisis del discurso de género en las matrices curriculares de las Ciencias de la Actividad Física y el Deporte” *Movimiento*, Porto Alegre, 2016. Págs.. 821.834

⁷² LÓPEZ DE SUBIJANA HERNÁNDEZ C; BARRIOPEDRO MORO M; CONDE MIÑANO. M.J; GIRELA-REJÓN, M.J. *J ob. cit.* 2017 págs. 195-202.

de impregnar todo el currículum. La realidad es que en gran parte de los planes de estudio que responden a este planteamiento, como no se asignan créditos, ni se cuantifica en ninguna forma en las evaluaciones, solo hay referencias genéricas⁷³.

Como señala NUÑO “La formación en igualdad en el ámbito de las universidades se enfrenta, por lo general, a la doble verdad que define las políticas de igualdad: la legislación recoge su importancia, centralidad y obligatoriedad, pero en la práctica termina teniendo un carácter residual y voluntario es un mandato que se tiende a posponer. Tanto en declaraciones públicas como en sucesivas leyes orgánicas se apunta a la educación como herramienta estratégica en la erradicación de las desigualdades, el sexismo, el machismo o la violencia contra las mujeres, pero la formación en la materia tiene un tratamiento periférico, cuando no devaluado”⁷⁴.

En este sentido, conviene advertir que la única forma de asegurar el conocimiento sería incluir la formación en género dentro de las asignaturas troncales y obligatorias en los grados de formación del profesorado. Habría que evitar que estos temas dependan de que se decida crear una optativa, con la falta de garantías que esto supone en cuanto a su continuidad. Así como que únicamente se traten de manera transversal⁷⁵. La realidad es que solo existen en algunas facultades que imparten estas materias y suelen hacerlo a través de materias optativas.

Frente a la realidad descrita, el estudio aislado de la evolución de la legislación pareciera indicar que la discriminación por razón de género está ya superada. De hecho, a LOGSE del año 1991, recogía en el currículum referencias claras a la necesidad de evitar cualquier discriminación por razón de sexo, en contra de los estereotipos sociales vigentes en aquella época que asociaban movimientos expresivos y rítmicos a la educación de las niñas y elementos de fuerza, agresividad y competitividad a la educación de los niños (Real Decreto 1006/1991). Sin embargo, en los currículos de las posteriores leyes educativas, LOE y LOMCE (Real Decreto 1513/2006 y Real Decreto 126/2014), ya no se menciona esta cuestión⁷⁶.

5. LA BRECHA DE GÉNERO ENTRE ESPECIALISTAS EN DOCENCIA DEPORTIVA.

Veamos a continuación, quién estudia para impartir docencia relacionada con el deporte.

En lo que se refiere a la formación universitaria que regula las enseñanzas relacionadas con el deporte, partimos de 1981. En ese año, el Real decreto, de 24 de abril, regulaba los Institutos Nacionales de Educación Física, como centros de enseñanza superior para la formación, especialización y perfeccionamiento del profesorado de educación física. Las enseñanzas que imparten pasan, desde entonces, a estar divididas en dos ciclos. Uno, primero, de tres años, equivalente a una diplomatura, y el segundo de licenciatura, orientado inicialmente a la formación del profesorado de educación física en los institutos de educación secundaria. Esta regulación inicial será objeto de varias modificaciones. Así, en 1991, por Real Decreto 1449/1991, se aprueba la Diplomatura, con el título oficial de Maestro con especialidad en Educación Física, con una duración de tres años, orientada a la formación en Educación Primaria. La Licenciatura en Ciencias de la Actividad Física y el Deporte (CAFD), se crea en 1997 con una duración de 4 años. Si bien, las CCAA incluían variaciones en algunos aspectos y en la orientación de la formación⁷⁷.

⁷³ ANGUITA, R Y TORREGO L: *ob cit.* 2009 págs. 17-25

⁷⁴ NUÑO, L. *op. cit.* 2019 pág. 180

⁷⁵ GÓMEZ-JARABO, I. SÁNCHEZ- DELGADO, P. *ob. cit.* 2017 págs. 53-68. Los autores han trabajado el tema desde la perspectiva de que los centros escolares son el escenario de los primeros abusos de género. Destacan que la labor del profesorado es esencial en la detección y tratamiento de la violencia, la mejora de la convivencia escolar y la formación y sensibilización en cuestiones de género.

⁷⁶ LLEIXA T; SOLER S; SERRA P: *ob cit.* 2020

⁷⁷ SERRA PAYERAS, P, SOLER PRAT, S VILANOVA SOLER, A, HINOJOSA-ALCALDE, I *op. cit.* 2019

Pero además de la educación universitaria, los estudios en materia deportiva pueden llevarse a cabo a través de ciclos formativos no universitarios. Así, en 1999 por Decreto de 19 de abril, se regula el Ciclo Formativo de Grado Medio en ‘Conducción de actividades físico-deportivas en el medio y ese mismo año, por Decreto de 23 de febrero, se aprueba el Ciclo Formativo de Grado Superior en ‘Animación de actividades físico-deportivas’.

En 2009, entramos a formar parte del Espacio Europeo de Educación Superior, lo que supuso cambios sustanciales en los Estudios Universitarios. Tanto en lo referente a su estructura y enfoque, como en las formas de acceso previstas para los mismos. De esta forma, el Grado Superior en ‘Animación de actividades físico-deportivas’ se convierte en vía de acceso al grado universitario de Ciencias de la Actividad Física y del Deporte. Y el Máster en Formación de Profesorado de Educación Secundaria, que capacita como especialista en educación física, pasa a tener carácter obligatorio para formar parte del profesorado de Educación Física. También, como consecuencia de la entrada en el Espacio Europeo de Educación Superior, los estudios de Magisterio pasaron a ser de 3 a 4 años y se unificaron las especialidades. Por último, es característico, de manera específica, de los estudios relacionados con el deporte, el que se realicen pruebas de carácter físico para determinar ciertas capacidades motrices. Son las llamadas Pruebas de Aptitud Personal, para el acceso a los estudios. Aunque dichas pruebas se han ido modificando y actualmente están en revisión. De hecho, en algunas CCAA ya han dejado de realizarse⁷⁸.

En España están matriculados en enseñanzas vinculadas al deporte un porcentaje considerable del total del alumnado. En enseñanzas no universitarias del Régimen General, en el curso académico 2016-2017, el número de alumnos que cursaban formación profesional vinculada al deporte es de 30.779. Esta cifra supone el 4,3% del total del alumnado en este tipo de enseñanza. Los alumnos y alumnas matriculados en enseñanza universitaria –grado, máster, doctorado y 1º y 2º ciclo- vinculada al deporte ascendieron a 22.045, el 1,4% del total de matrículas.

Este sector, según los datos de empleo vinculado al deporte, se caracteriza por una mayor formación académica, superior a la media, que presenta tasas de educación superior más elevadas que las observadas en el conjunto nacional, 51,6% frente al 42,9%. Además, el 90% del empleo vinculado al deporte es asalariado, cifra superior a la observada en el total, si bien presenta tasas de temporalidad y de empleo a tiempo parcial más elevadas a las registradas en el total de empleo.⁷⁹

Vemos a continuación la brecha de género en relación con estos estudios de acuerdo con los datos del CSD:

De las enseñanzas deportivas de régimen especial, para técnicos deportivos de grado medio y alto, las mujeres representan un 13% en el curso 2016/17. Los estudios que mayor número de mujeres realizan, por materia deportiva, son, por este orden, hípica, que es la única que supera el número de mujeres con un 55%, y a continuación, pero seguido de una marcada diferencia, puesto que ocupan entre un 20-25%, el piragüismo, balonmano, vela, los deportes relacionados con los deportes de invierno, baloncesto y atletismo. Al contrario, las enseñanzas de deportes tradicionalmente masculinos siguen contando con un alumnado mayoritariamente masculino. Sirva como ejemplo el fútbol con un 92,7% de chicos cursando esta especialidad.

En el grado superior el número de mujeres desciende al 7.6% en el mismo curso académico, que el último del que el CSD nos aporta datos. En este caso ninguna especialidad supera el número de alumnas, ni siquiera se acerca, a un porcentaje de equilibrio. En el caso de la hípica, desciende hasta el 37%, y sigue siendo el que cuenta con mayor porcentaje de alumnado femenino. Le siguen los deportes de invierno, con un 31%. A sensu contrario, el conocido como deporte rey, el fútbol, se estudia como especialidad por un 98.3% de alumnado masculino.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Fuente: el *Anuario de Estadísticas deportivas* Centro Superior de Deporte 2019.

En las enseñanzas deportivas de régimen general. De la misma forma diferenciamos por tramos. En enseñanza profesional el alumnado femenino es del 20.3% y en la Universitaria baja al 18.9%

En el profesorado, por último, de enseñanzas deportivas de régimen especial las mujeres representan el 15.5% del total⁸⁰

Los datos indican que el interés de las mujeres desciende lenta y progresivamente a lo largo de los últimos 15 años, pese a que el mundo educativo, en sus distintos niveles y el deportivo, han experimentado cambios sustanciales que sitúan a las mujeres en una mejor posición respecto a años anteriores. Así, podemos tener en cuenta:

En primer lugar, que, desde la aprobación de la LOGSE, de 1970, se instaura la educación física mixta. Aunque es cierto que no se consiguió resolver el problema de fondo, sino que la educación física se planteó siguiendo el modelo hegemónico masculino y de espaldas a las necesidades e intereses de las niñas.

Segundo, el aumento de la práctica deportiva femenina, en esos mismos últimos 15 años, según hemos visto por los datos de CSD, supone una evolución progresiva y se acerca al equilibrio, partiendo de una situación de brecha de género muy profunda. Se produce, por tanto, una enorme paradoja en el hecho de que las mujeres hacen cada día más deporte y, al mismo tiempo, se demuestra un progresivo descenso de la presencia femenina en los diferentes estudios relacionados con la educación física, la actividad física y el deporte. Hemos visto que, manera general, las mujeres tienen una forma de entender el deporte diferente a la masculina, menos competitiva y a más dirigida al ocio, en muchos casos. Lo que ha venido a enriquecer la práctica deportiva y sumar formatos diferentes. Pero, independientemente de cuál sea la forma en que se practica, lo cierto es que las mujeres hacen cada vez más deporte y la brecha se ha ido cerrando, aunque no está aún totalmente equilibrada.

Además, la formación en áreas de ámbito deportivo es mucho más variada y permite más opciones, especialmente, como hemos visto, con los cambios del Espacio de Educación Común Europeo.

Por último, las mujeres han superado la brecha en educación, al menos en nuestro entorno. Resulta llamativo que la brecha en educación ya no existe, salvo en lo que se refiere a aspectos determinados y en relación con elección de materias y otras cuestiones, pero no desde un aspecto cuantitativo, puesto que, en números ya estudian más mujeres que hombres. Sin embargo, no es así en concreto con los estudios relacionados con el deporte. Esto ocurre no solo en nuestro País, sino también en el Europa, puesto que los trabajos sobre este tema también coinciden con estos datos, aunque el porcentaje de mujeres matriculadas es ligeramente mayor en Alemania un 33.8% en Inglaterra un 32%⁸¹

Pese a esta evolución, se constata, sin embargo, un proceso de masculinización en el área de conocimiento del deporte, en concreto. Todos estos cambios no han llevado a una mayor presencia femenina en los estudios del campo de las ciencias de la actividad física y el deporte, sino más bien lo contrario, se ha producido un retroceso. Un retroceso que, como señala SERRA, ha llevado a registrar, en pleno siglo xxi, los peores datos de toda la historia. “Lo que supone una respuesta inversa a las políticas e ideologías de género, pues, a pesar de los esfuerzos institucionales y los movimientos feministas, el sesgo y la desigualdad de género en los estudios vinculados a la educación física y a las ciencias de la actividad física y el deporte, en lugar de reducirse, aumentan”⁸². De ahí que sea preciso introducir cambios en los

⁸⁰ *Anuario de estadísticas deportivas* de 2019 Consejo Superior de Deportes <http://www.culturaydeporte.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/deportes/anuario-de-estadisticas-deportivas.html> Obtenido el 14 de abril de 2020.

⁸¹ SERRA PAYERAS, P, SOLER PRAT, S VILANOVA SOLER, A, HINOJOSA-ALCALDE, I *op. cit.* 2019

⁸² *Ibíd.* En su estudio se evidencia, aunque está referido a Cataluña, que en los últimos 15 años se produce un descenso de prácticamente un 54% de mujeres que solicitan realizar CAFD, llegando a la cifra más baja en toda su historia en el curso 2013-2014; Por otra parte, en contraste con el descenso del interés de las chicas, se observa como la curva de solicitudes masculinas se mantiene e incluso asciende, con varias oscilaciones.

estudios relacionados con el deporte, que partan de una visión no hegemónica masculina, y lo hagan más inclusivo

Sobre las causas que puedan motivar la masculinización en el área de conocimiento del deporte, se insiste en el carácter androcéntrico de los estudios, centrados en el deporte que se aleja, cada vez más, del modo de ver y vivir la actividad física, la educación física y el deporte por parte de las mujeres.

Lo vemos a continuación referido a las etapas educativas:

Respecto de los estudios universitarios, es preciso partir de que los estereotipos de género, como se ha demostrado, inciden en la elección de los estudios universitarios⁸³. De ahí que sea relevante la forma en que un Grado se presenta, cómo se ofrece, y que se haga de manera inclusiva, teniendo en cuenta la perspectiva de género. Sirva como ejemplo de esta necesidad el efecto que supuso, en su momento, para la reducción del número de matrículas femeninas, el cambio de denominación de la Licenciatura de Educación Física, a Licenciatura de CAFD. En concreto, se llevó a cabo un estudio en el País Vasco en el que se señala que bajo el título “Educación Física” hubo una tendencia de matriculación hasta llegar al 37% en el año 2002, y que al cambiar el título del Grado y desaparecer el término “educación” del mismo, el porcentaje de mujeres fue bajando considerablemente, sin que volviera a superar nunca el 26% de mujeres, llegando incluso al 18% en el año 2009⁸⁴.

La conclusión a que se llega en este estudio, y que es extrapolable a otras CCAA es que, cada vez que el término «educación» desaparece, ya sea del título universitario o del centro que lo imparte, hay una caída del número de mujeres que se interesan por los estudios y un incremento de hombres, como consecuencia de la diferente aproximación de las mujeres y hombres a la actividad deportiva. Al no relacionarse con la idea de educación parece que el deporte estará más orientado al rendimiento, lo que lleva a que menos número de mujeres se interesen por los estudios⁸⁵.

Por tanto, la identificación de los estudios del ámbito del deporte relacionados con la competición y el deporte espectáculo, suelen ser preferidos por hombres. De manera que las mujeres muestran menos interés, entre otras cuestiones, porque la competición se centra en unos deportes hegemónicos concretos, tradicionalmente masculinos. En esto influyen distintos factores, entre ellos, los distintos roles o estereotipos asociados a los estudios, que alejan a las mujeres de estos. Las investigaciones al respecto concluyen que los estereotipos relacionan a los hombres con unas prácticas de fuerza o riesgo, y de las mujeres unas prácticas relacionadas con el ritmo, y la expresión. Además, de que faltan modelos de referencia femeninos entre el profesorado de estos estudios⁸⁶

El hecho de que las mujeres no elijan estos estudios no guarda relación con las pruebas de acceso, pese a que dichas pruebas de acceso suelen estar asociadas al modelo deportivo masculino. Al contrario, cuando la nota de Selectividad comienza a tener más peso en la nota total para el acceso, se ha demostrado que se incrementa la matrícula de mujeres y, más en concreto, se ha estudiado que el porcentaje relativo de mujeres que aprueban las pruebas físicas es incluso algo mayor que el porcentaje relativo de hombres que las superan⁸⁷

La cuestión, por tanto, es que, pese a que las mujeres no encuentran trabas de entrada en el acceso y a que cada vez hacen más práctica deportiva, no se matriculan en el mismo número que los hombres en los estudios de ámbito deportivo

Lo que nos lleva a la necesidad de introducir cambios que empiecen por el nombre mismo de la titulación, que debe necesariamente incluir el término educación en lugar de deporte, así como en los currículum, de manera que se otorgue la debida importancia a aspectos como

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ GARAY IBÁÑEZ DE ELEJALDE B, ELCOROARISTIZABAL E; VIZCARRA MORALES, MT; PRAT GRAU, M; SERRA PAYERAS, P SOLER PRAT S: “¿Existe sesgo de género en los estudios de ciencias de la actividad física y el deporte?” 2018, *Retos*, págs. 150-154

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ *Ibíd.*

la salud, aspectos sociales y educación física escolar⁸⁸. Porque lo que se evidencia es una disminución paulatina del interés y de las mujeres en el mundo del deporte refleja una problemática estructural y cultural desde una perspectiva de género⁸⁹. Lo que nos obliga a repensar la propia configuración del campo de conocimiento e incorporar aquellos valores propios de la cultura femenina⁹⁰

La brecha de género en los estudios relacionados con el deporte también se manifiesta de manera vertical. El número de mujeres que acaban en el 2013 la diplomatura es un 25% del total. Si nos fijamos en el mismo dato, pero en relación con el grado, apenas llega al 19%. Lo que significa que la práctica del deporte será, en una amplia mayoría de casos, entrenado y dirigido por hombres.

Además, hay más presencia de mujeres en personal de administración y servicios. En profesorado, las profesoras se concentran en las primeras etapas, en infantil y primaria. En etapas superiores se va equilibrando hasta sobrepasar el porcentaje masculino. En definitiva, las mujeres preparan en mayor número a escolares de menos edad y según sube el rango de edad son los hombres quienes tienen una mayor presencia.

Por deportes, si tomamos como referencia el número de técnicos y entrenadores, hay también una clara diferencia en las enseñanzas específicas no universitarias, a nivel nacional. En excepciones muy concretas, relativas a deportes, claramente identificados con lo femenino, como la hípica, vemos que el 68% de los técnicos medios de hípica, son mujeres. Salvo algunas excepciones como la señalada, en la mayoría de los deportes, entre el 75 y 80% de los técnicos y entrenadores son hombres

Por último, respecto de la formación en el ámbito federativo, tenemos en cuenta, primero, que se trata de formaciones diferentes de las Enseñanzas Deportivas oficiales del sistema educativo. Si bien no se dispone de datos relativos a la federación de fútbol, El número de entrenadores formados en el ámbito estrictamente federativo durante el año 2017 fue de 8.109, con un total de 404 cursos impartidos. Los resultados por sexo indican que el 75,3% de los entrenadores formados se corresponden con hombres y el 24,7% con mujeres.⁹¹

En el ámbito de la Unión Europea, el entrenamiento deportivo profesional está dominado por hombres. Según las cifras, de 7 Estados miembros de la UE, se estima que solo del 20% al 30% de todos los entrenadores deportivos en Europa son mujeres. Las mujeres entrenadoras se encuentran con mayor frecuencia en deportes que tienen una alta proporción de mujeres participantes (por ejemplo, danza, gimnasia, patinaje artístico y deportes ecuestres) y trabajan predominantemente con mujeres, adolescentes o niños que compiten a nivel local y regional. Sin embargo, de acuerdo con los informes europeos, el número de entrenadoras en casi todos los deportes parece ser desproporcionadamente bajo en relación con la membresía general de las mujeres en el deporte. Lo que significa, primero que la representación de entrenadoras en muchos deportes es mucho más esporádica de lo que indican los números generales. Así como que muchos hombres están entrenando a mujeres y niñas, incluso en deportes dominados por mujeres, y muy pocas mujeres están entrenando a hombres. En el nivel de élite, el número de mujeres entrenadoras es muy bajo y, en los casos en que las mujeres entrenadoras trabajan con atletas en niveles de rendimiento más altos, generalmente ocupan puestos de asistente de entrenamiento, apoyando a los entrenadores masculinos⁹²

CONCLUSIONES

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ SERRA PAYERAS, P, SOLER PRAT, S VILANOVA SOLER, A, HINOJOSA-ALCALDE, I *op. cit.* 2019

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ el *Anuario de Estadísticas deportivas* Centro Superior de Deporte 2019.

⁹² <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/policy-areas/sport> Obtenido el 28 de marzo de 2020.

La brecha de género entre deportistas es resultado de una situación de discriminación estructural que está presente en nuestra sociedad en todos los ámbitos y que, en el deporte, es además producto de una evolución histórica que, desde sus orígenes, ha unido la actividad física con el rol masculino. La derivada histórica de la desigualdad en el deporte se une a las estructuras que sustentan el deporte, asentadas sobre bases culturales exclusivamente masculinas, y a percepciones sociales aún vigentes, que responden a modelos educativos y estereotipos sociales, de carácter androcéntrico, muy enraizados en nuestra sociedad.

La educación, en todas sus etapas, es un elemento clave para reducir la brecha de género. En la escuela se sientan las bases de lo que será nuestra vida deportiva, es la etapa en la que desarrollamos una identidad deportiva, que responde a una aproximación diferente de acuerdo con el sexo.

Quienes tienen la tarea de formar en educación física deben conocer esas diferencias marcadas por estereotipos, así como las barreras que encuentra las niñas para acceder al deporte en condiciones de igualdad. Pese a que ha mejorado la calidad de la educación física en muchos aspectos, es necesario una transformación más profunda que siga un patrón realmente inclusivo. La Ley General de Educación de 1970 reproduce del modelo tradicional de género, llevado al deporte, en el que no se contienen ni las necesidades ni las cualidades físicas de las mujeres.

El currículum oculto mantiene estereotipos que alejan a las niñas del deporte, especialmente del de competición, coincidiendo con un momento en que el COI ha extendido la alta competición a la edad adolescente por los valores que transmite. La brecha de género se va haciendo más marcada a partir de los doce años. Por lo que es necesario el desarrollo de programas y estrategias, así como la puesta a disposición de medios inclusivos tanto en las actividades escolares como en las extracurriculares dentro y fuera de los centros educativos.

También la seguridad de las niñas y jóvenes frente a situaciones de abuso o acoso en el deporte es fundamental. Para trabajar en esta cuestión se precisa una actuación conjunta entre los centros escolares y los organismos de promoción deportiva, que necesariamente tienen que incluir la perspectiva de género.

En el ámbito educativo, los análisis de los planes de estudio indican que la formación en materia de género entre el profesorado es insuficiente y la transversalidad está ausente o no resulta eficaz como metodología para incluir la perspectiva de género. El resultado es el desconocimiento, y si quien educa no toma conciencia de cómo trabajar desde la perspectiva de género en la educación física, difícilmente se podrá mejorar en este aspecto.

Los efectos se hacen visibles en la universidad, con menor participación de deportistas en deportes de competición, así como en la enorme diferencia que hay entre especialistas en docencia deportiva. Lo que resulta llamativo si tenemos en cuenta que la brecha en educación, referida a nuestro entorno y a sus aspectos generales, ha desaparecido y, de hecho, son más las mujeres que estudian que los hombres.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ALFARO, E. “El talento psicomotor y las mujeres en el deporte de alta competición” *Revista de Educación*, 2004, págs. 127-151.
- ALFARO, E, BENGOCHEA, M; VAZQUEZ, M. “Factores que condicionan el acceso de las mujeres a los puestos de responsabilidad en el deporte” <https://www.csd.gob.es/sites/default/files/media/files/201904/Factores%20%28NIPO%29.pdf> CSD 2018
- ANGUITA, R. “El reto de la formación del profesorado para la igualdad”. *REIFOP*, 2011 págs. 43-51;

- ANGUITA, R Y TORREGO L: “Género, educación y formación del profesorado. Retos y posibilidades” *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 2009 págs. 17-25
- BLANDEZ ÁNGEL, J.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; SIERRA ZAMORANO, M.A. “Estereotipos de género, actividad física y escuela: La perspectiva del alumnado” En *Revista del Profesorado*. 2007.
- BEIJING +5.
https://beijing20.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf#page=177
- CAMACHO, M.J; FERNÁNDEZ GARCÍA E.; RODRÍGUEZ GALIANO MI. “Imagen corporal y práctica de actividad física en las chicas adolescentes: Incidencia de la modalidad deportiva” *International Journal of Sport Science* 2006
- CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES (CSD) (2019).
<https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:4263f731-1990-43cd-8809-7eff8e7dd27e/graficos-anuario-de-estadisticas-deportivas-2019.pdf> Obtenido el 25 de marzo de 2020
- CSD *Anuario de estadísticas deportivas* de 2019
<http://www.culturaydeporte.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/deportes/anuario-de-estadisticas-deportivas.html> Obtenido el 14 de abril de 2020.
- CORTÉS, N.; ASTRÁIN, C. & BARBERO, J.I. “El deporte en la escuela. Narración en torno a una práctica de investigación-acción”. En las *Actas del XIV congreso de Escuelas Universitarias de Magisterio*. U. Alcalá, 1996 págs..31-38.
- DEVÍS, J., FUENTES, J., & SPARKES A.C. “¿Qué permanece oculto del currículum oculto? las identidades de género y de sexualidad en la educación física”. *Revista Iberoamericana de Educación*. N.º 39 (2005), pp. 73-90
- DÍEZ-ROS “Inclusión de la perspectiva de género en las guías docentes de asignaturas de Didáctica”. En M.T. Tortosa, S. Grau, & D. Álvarez (ed.) *XIV Jornadas de Redes de Investigación en Docencia Universitaria. Investigación, innovación y docencia universitaria: enfoques pluridisciplinarios* págs.. 2665- 2679. Universidad de Alicante. 2016.
- EIGE: <https://eige.europa.eu/es/in-brief>
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (Dir) *Guía PAFIC para la promoción de las chicas en el deporte* coeditado por CSD e Instituto de la Mujer 2010
<https://sede.educacion.gob.es/publiventa/guia-pafic-para-la-promocion-de-la-actividad-fisica-en-las-chicas/mujer-y-deporte/13069>
- GARAY IBAÑEZ DE ELEJALDE B, ELCOROARISTIZABAL E; VIZCARRA MORALES, MT; PRAT GRAU, M; SERRA PAYERAS, P SOLER PRAT S: “¿Existe sesgo de género en los estudios de ciencias de la actividad física y el deporte?” 2018, *Retos*, págs. 150-154
- GARCÍA MONGE, A.; MARTÍNEZ ÁLVAREZ, L. “Desmadejando la trama del género en la Educación Física desde escenas de práctica escolar”. *Tabanque*, 2000 págs. 93- 119.
- GÓMEZ-JARABO, I. & SÁNCHEZ- DELGADO, P. “Formación del profesorado en cuestiones de género”. *Revista de Comunicación de la SEECI*, 2017 págs. 53-68.
- GUIJARRO-ROMERO S; MAYORGA-VEGA D; VICIANA J; CASADO-ROBLES C; GRÅSTÉN A & JAAKKOLA T “ Intensidad de la actividad física y comportamiento sedentario de los estudiantes por perfiles de autoconcepto físico: Un análisis de perfil latente” *Revista Internacional del Deporte* 2020 págs. 185 a 201
- INFORME ANUAL DE LA PROFESIÓN PERIODÍSTICA (2018) ASOCIACION DE PRENSA DE MADRID.
https://www.apmadrid.es/wp-content/uploads/2019/07/Informe-profesi%C3%B3n-2018_baja.pdf
- INSTITUTO DE LA MUJER “Estudio de 2005 sobre Actitudes y Prácticas deportivas de las Mujeres españolas (1990-2005). *Instituto de la Mujer*.”
- LA ESTRATEGIA DE CHAPMAN. “Mujer y deporte. La situación de la mujer en el panorama deportivo español e internacional”
<https://sede.educacion.gob.es/publiventa/situacion-de-la-mujer-en-el-panorama-deportivo-espanol-e-internacional-diciembre-2015-actualizacion-datos-junio-2016/mujer-y-deporte/21466> (2015)

- LLEIXA T; SOLER S; SERRA P: "Perspectiva de género en la formación de maestras y maestros de Educación Física" *Federación Española de Asociaciones de Docentes de Educación Física (FEADEF) Retos* 2020 Vid. en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7243330>
- LÓPEZ DE SUBIJANA HERNÁNDEZ C; BARRIOPEDRO MORO M; CONDE MIÑANO. M.J; GIRELA-REJÓN, M.J. "Evaluación de una propuesta formativa sobre género en Educación Física para estudiantes de Ciencias de la Actividad Física y el Deporte". *Ciencia, Cultura y Deporte*, 12 (36) 2017 págs. 195-202.
- MEMORIA ANUAL DE ACTIVIDAD DEPORTIVA UNIVERSITARIA: en: <https://www.csd.gob.es/es/promocion-del-deporte/deporte-universitario/memorias-anuales-de-actividad-deportiva-universitaria>
- MORALES CEVIDANES MA "aproximación al deporte universitario español, desde sus inicios hasta su organización actual" *Materiales para la Historia del Deporte* 2010 págs. 1887-9586
- NUÑO GÓMEZ, L *El derecho a la educación*. Granada, Comares. 2019.
- PEREZ-UGENA, M. *Igualdad entre mujeres y hombres: instrumentos jurídicos y régimen de garantías*. Comares. 2015.
- PÉREZ-ENSEÑAT A, MOYA-MATA I "Diversidad en la identidad y expresión de género en Educación Física: Una revisión de la literatura" *Retos*, 2020 págs. 818-823
- PIEDRA, P. "La perspectiva de género en sociología del deporte en España: presente y futuro" *En Cambio social y deporte: transformaciones recientes y retos inmediatos RES* pág. 489-500 2019 En línea: <https://recyt.fecyt.es/index.php/res/issue/viewFile/3583/462#page=75>
- RAMIREZ E. FERNÁNDEZ GARCÍA E. "Las niñas y las jóvenes en la educación física y la competición escolar" en las ponencias de las Jornadas organizadas por el Instituto de la Mujer "25 años del Seminario Mujer y Deporte" Madrid 2016 [http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaDeporte/docs/SeminariosEncuentros/ELENA RAMIREZ EMILIA FDEZ.pdf](http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaDeporte/docs/SeminariosEncuentros/ELENA_RAMIREZ_EMILIA_FDEZ.pdf)
- REIGAL, R., VIDERA, A., PARRA, J. L., JUÁREZ, R. "Actividad físico deportiva, autoconcepto físico y bienestar en la adolescencia". *Retos. Nuevas tendencias en Educación Física, Deporte y Recreación*. 2012, págs. 19-23.
- REPORT IN EQUALITY BETWEEN WOMEN AND MEN IN THE EU 2018. Obtenido en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/950dce57-6222-11e8-ab9c-01aa75ed71a1/language-en/format-RDF>
- SANZ GIL JJ: "Una aproximación a las dificultades del deporte femenino en la alta competición: Hacia la equidad e igualdad" *Acción motriz*. 2017
- SERRA PAYERAS, P, SOLER PRAT, S VILANOVA SOLER, A, HINOJOSA-ALCALDE, I Masculinización en estudios de las ciencias de la actividad física y el deporte. *Apunts Educación Física y Deportes* [en línea]. 2019, en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=551657706001>
- SEVIL J ÁNGEL ABÓS A, JULIÁN JA, MURILLO B, GARCÍA-GONZÁLEZ L "Género y motivación situacional en Educación Física: claves para el desarrollo de estrategias de intervención" *Revista Internacional de Ciencias del Deporte* 2015, págs. 281-296
- VAZQUEZ GÓMEZ B. "La situación de las mujeres en el sector deportivo". En las ponencias de las Jornadas organizadas por el Instituto de la Mujer "25 años del Seminario Mujer y Deporte" Madrid 2016. Vid en <http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaDeporte/Jornadas25anos.htm>

DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Régimen jurídico de los funcionarios públicos

Alberto Palomar Olmeda

12.ª edición, 2020

Amaia Tejjido Alonso

La duodécima edición de la presente obra se publica en un contexto de pandemia y crisis sanitaria, lo que ha supuesto una oportunidad única para revisar y actualizar el Derecho de la Función Pública frente a los nuevos retos a los que se enfrenta el mundo laboral en general, y el empleo público en particular.

La situación de pandemia ha forzado la transformación, a pasos agigantados, de la forma en que se venía ejerciendo el empleo público, mediante la introducción masiva de las nuevas tecnologías y la implantación del teletrabajo. Asimismo, la prestación de los servicios públicos ha sufrido modificaciones en el actual contexto, tanto en el caso de los servicios esenciales como de los no esenciales.

Todo ello reviste aun de mayor interés la presente edición del Derecho de la Función Pública, presentando al lector, de una forma ordenada y actualizada, un extenso estudio del régimen jurídico de los funcionarios públicos.

Expuesto cuanto antecede, por lo que al contenido de la obra se refiere, se debe indicar que, en lo sustancial, se ha respetado el orden sistemático y, por supuesto, el espíritu de la misma desde que fuera publicada la primera edición.

La obra comienza, en sus capítulos primero y segundo, con un análisis del Derecho de la Función Pública, tanto desde un punto de vista histórico de la evolución legislativa acontecida en esta materia, como desde una perspectiva constitucional. Por lo que respecta a la perspectiva histórica, se realiza por el autor un loable trabajo de síntesis de las diversas modificaciones legislativas que se han producido en esta materia desde mediados del siglo XIX hasta la actualidad, así como una mención a los pronunciamientos jurisprudenciales más

relavantes. Respecto a la perspectiva constitucional de la función pública, se realiza un estudio en profundidad de la configuración nacional e internacional de la misma, con especial detenimiento en el artículo 23.2 de la Constitución.

En el capítulo tercero de la obra, se realiza un minucioso estudio en detalle del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP y, posteriormente, TREBEP), siendo precisamente su aprobación en el año 2007 el hito legislativo que dio lugar a la producción de esta obra. Así, se contextualiza la necesidad de la mentada modificación del Estatuto, se analiza su configuración, su delimitación, su ámbito subjetivo de aplicación, y, en fin, el régimen jurídico esencial de los empleados públicos. Finalmente, reflexiona el autor sobre la posibilidad de que el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público se postule como un instrumento para gestionar la administración en un contexto de crisis económica.

A lo largo de los capítulos cuarto y quinto, se configuran los elementos instrumentales del empleo público y de la relación de empleado público, estudiando, por un lado, la planificación de los recursos humanos y la estructura existente en torno a la oferta y regulación del empleo público, y, por otro lado, los registros de personal, la selección del mismo y el consecuente otorgamiento de la condición de funcionario, así como la posible pérdida de tal condición, con especial detenimiento en el estudio del acceso a la función pública en lo que se refiere a los ciudadanos comunitarios y a las personas con discapacidad.

Posteriormente, la obra dedica diversos capítulos al estudio y análisis de los derechos, tanto individuales como colectivos, que asisten al personal al serivico de la función pública. Entre los derechos individuales, se contempla expresamente el régimen de retribuciones, con un análisis de la evolución legislativa acaecida, así como la exposición de los distintos sistemas de retribuciones existentes en función de la naturaleza del funcionariado público (funcionarios de carrera, en prácticas, interinos, personal laboral, funcionarios destinados en el extranjero). Por lo que se refiere a los derechos de ejercicio colectivo, se incide especialmente en el derecho de huelga, en la sindicación y en la negociación colectiva.

Tras el profundo análisis de los derechos del empleado público, la obra pasa a analizar los deberes a los que se somete igualmente el mismo (capítulos once a trece). Así, una vez expuestas las principales obligaciones de todo funcionario, se desarrolla el régimen disciplinario existente en el TREBEP, fruto de la potestad sancionadora y disciplinaria de los poderes públicos, analizando las diversas faltas disciplinarias y consecuentes sanciones que llevan aparejadas. Finalmente, se regula el régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos.

El capítulo catorce se dedica al estudio del fenómeno del personal laboral al servicio de la administración pública, analizando la importancia de una correcta regulación de la situación laboral de estos trabajadores, máxime habida cuenta de la confusión existente en la práctica en torno a la definición y delimitación de los mismos respecto de los funcionarios.

Finalmente, como colofón a todo lo expuesto, se analiza el procedimiento de revisión jurisdiccional en materia de personal, tanto desde una perspectiva procesal, por las particularidades que este procedimiento presenta, como de la extensión y alcance de la sentencia recaída en materia de personal.

Con todo, se podría decir que la presente obra es de obligada consulta para todo agente jurídico que desee conocer el nuevo modelo de recursos humanos que se implantó en la Administración Pública tras la aprobación del EBEP, y posterior TREBEP, y que aún, a día de hoy, sigue en pleno desarrollo, tanto a nivel estatal como autonómico. La obra es, en este sentido, un manual de referencia, por su recopilación de toda la información relevante en relación con el régimen del empleado público, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, y por su espíritu crítico respecto de las transformaciones que se presentan necesarias para su adaptación al contexto actual.

Paisajes agrícolas en las Comarcas Hispalenses: Écija y la Vega del Guadalquivir. La Agricultura y Los agricultores. La pasión del trabajo en los albores de la naturaleza.

A. Calderón Laguna, M.E. Nieto-Cabrera, C. Nieto-Morales
2020. Ed. Dykinson.

Antonio J. Carrillo Izquierdo
Dr. en Criminología
Master Educación Ambiental y Desarrollo Sostenible

La presente publicación: Paisajes agrícolas en las Comarcas Hispalenses: Écija y la vega del Guadalquivir. La Agricultura y Los agricultores. La pasión del trabajo en los albores de la naturaleza; es un trabajo novedoso, dado que existen pocos trabajos sobre agricultura dedicados a las comarcas que se estudian en él.

Como ponen de manifiesto las autoras, el trabajo han querido que sea un “*pequeño homenaje a los agricultores de todos los tiempos y especialmente del presente, que aman la tierra y la profesión agrícola. Agricultores, que han sufrido, vivido y trabajado en el sector agrario y que sienten que en muchos casos serán los últimos en trabajar sus propiedades agrícolas debido a la falta de relevo generacional sintiendo que su patrimonio puede cambiar de manos debido a las circunstancias sociales y económicas.*

El gran valor de este trabajo son las aportaciones de los agricultores que han participado en el estudio. Amar la agricultura y las raíces, ha sido uno de los valores, en el que nuestros padres nos han educado, además de educar en la libertad, independencia, valorando los estudios porque la educación y la inserción laboral es lo que nos hace libres”.

El libro se encuentra estructurado en 27 epígrafes que comienzan con los agradecimientos a aquellas personas que han colaborado en el estudio, aportando su valiosa información, además de hacer un recorrido por la historia de la agricultura, proporciona datos agrícolas y sociales, respecto a la investigación de las comarcas estudiadas, además de realizar un recorrido también por la provincia sevillana. Haciendo especial hincapié en la información de las dos comarcas de Écija y la Vega del Guadalquivir y su agricultura, dado que Sevilla es una provincia eminentemente agrícola y tradicional y especialmente estas dos comarcas.

Se hace balance de la agricultura y la situación actual de los cultivos, reflexionando también respecto a la Política Agraria Común (PAC).

Los agricultores tradicionales dejan de manifiesto las dificultades de su profesión y valoran de forma negativa la agricultura ecológica, debido a la baja productividad y porque tampoco consideran que científicamente se encuentre demostrado que la agricultura ecológica sea más

sana y mejor para la salud alimentaria de la población. Aunque existe alguna explotación importante en tamaño y producción ecológica especialmente en olivar que valora muy positivamente la producción ecológica.

Se hace también un estudio sobre los cultivos nicho que pueden contribuir a la rentabilidad y a reflotar la actividad agrícola, además de contribuir a potenciar la cadena del valor añadido de los productos agrarios locales, las industrias agrícolas de transformación y comercialización de los productos agrarios.

Todos o casi todos los agricultores de las dos Comarcas, pertenecen a alguna de las cooperativas, dado que en algunos aspectos se sienten protegidos, aunque como ponen de manifiesto su fidelidad a las cooperativas solo es parcial.

Entre los epígrafes del libro también se hace referencia a la dependencia de los productos cultivados para los mercados locales, la cronología de la crisis del sector agrícola, tratando respecto a las superficies y modernización de regadíos y la repercusión sobre disponibilidad del agua poniendo de manifiesto las problemáticas de las confederaciones hidrográficas.

Tradicionalmente la formación y capacitación de los agricultores y personal laboral agrario se ha considerado que no era necesaria, aunque es una cuestión que está lejos de la realidad, la formación del agricultor es y debe ser, muy especializada. Cuestión que la sociedad no reconoce, en parte por tópicos tradicionales que no se ajustan a la realidad.

La tecnificación del sector agrícola, el nivel de competitividad y la dimensión de las explotaciones está estrechamente relacionado, influyendo, además, la cooperación entre productores para que el trabajo agrícola tenga repercusión económica en los empresarios agrícolas.

En la agricultura influyen muchos factores desde la climatología, la cadena de producción hasta como afectan en el sector las huelgas de personal jornalero que trabajó en el campo y la repercusión económica de la agricultura en el tejido empresarial.

Podrían haber existido muchos más epígrafes, pero se ha considerado que lo más importante es el estudio de campo.

Al ser un estudio científico se ha utilizado una metodología científica cualitativa, se consulta una amplia bibliografía que aporta valor añadido al trabajo realizado. El estudio de campo pone de manifiesto las opiniones de los agricultores, un derecho de ser oídos y escuchados.

Por último, se realiza un análisis y lectura de resultados que refleja el discurso de los agricultores, su agradecimiento, quejas, sufrimiento, miedos, etc. y como punto final se realiza una valoración final a modo de conclusión que permite resaltar las carencias y fortalezas de la agricultura en las dos comarcas estudiadas.

Como se ha dicho antes, las comarcas son eminentemente agrícolas y pocas familias no tienen conexión con el sector agrícola. Personalmente también es una profesión cercana.

DISCURSO Y EXPERIENCIAS DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD: AFECTOS Y EMOCIONES EN RIESGO Desde la Perspectiva del tiempo: Hombres y mujeres I.

M.E. Nieto-Cabrera, I. M. Martínez Cramer, C. Nieto-Morales

2020 Ed. Dykinson

DISCURSO Y EXPERIENCIAS DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD: AFECTOS Y EMOCIONES EN RIESGO Aquí y ahora al límite: La mujer II.

M.E. Nieto-Cabrera, I. M. Martínez Cramer, C. Nieto-Morales

2020 Ed. Dykinson

Juan Antonio Fernández Contreras
Grado en Ciencias de la actividad Física y del Deporte

Estos libros, ofrecen una visión cualitativa de la opinión de personas que han experimentado una condena cuya pena ha sido la privación de libertad, reflejando una perspectiva personal de aquellas personas que han relatado su discurso para el estudio realizado.

El marco teórico del trabajo refleja la trayectoria histórica de la delincuencia, analiza sociológicamente el ámbito jurídico de la delincuencia, los factores de riesgo y protección que desencadena delincuencia y analiza las teorías desde sociológicas a psicológicas de las personas que infringen la Ley y son condenadas, es decir, delincuentes.

El marco legislativo realiza un breve recorrido de la legislación que afecta a personas que son juzgadas y condenadas a penas privativas de libertad.

Los trabajos realizados han seguido una metodología cualitativa, considerando que existen amplio espectro estadístico sobre el tema delictivo, pero pocos estudios cualitativos siendo el gran valor de este trabajo.

Las entrevistas realizadas telefónicamente, en todo el territorio español y en Latinoamérica ponen de manifiesto las inquietudes que viven las personas que ingresan en prisión, relatando los miedos e inquietudes anteriores al ingreso en prisión, las vivencias dentro de la cárcel y posteriormente. Algunas personas con condenas de larga duración y otras muy cortas.

Atendiendo al perfil de las personas participantes en el estudio, se considera que cualquier persona de cualquier edad, condición, nivel social, etc., en cualquier momento de la vida podría verse involucrada sin pretender realizar ningún delito pueden verse en la tesitura de tener que cumplir una condena privativa de libertad. En otros casos la socialización, personalidad, situaciones familiares complicadas, etc. desencadenan desordenes en su vida que conllevan penas privativas de libertad, muchos no saben poner rumbo en su vida y desconocen cómo vivir de otra forma.

Admitir que uno se ha equivocado en la vida y la forma de reconducir la situación es una cuestión muy complicada; la vida del interno en la cárcel no es fácil, ellos manifiestan que su vida está en prisión tutelada y a expensas de otras personas que deciden por ellas, debiendo de privarse ellas mismas de opinar mientras cumplen condena, por las consecuencias perjudiciales que pueden desencadenar y que aun habiendo finalizado la condena no desean profundizar.

Algunas personas cuando cumplen condena, al tomar conciencia de que durante años no podrá hacer nada libremente, deciden pensar en el futuro y estudiar, lo que supone una forma de resocialización, como bien dicen ellos, solo se rehabilita quienes quieren y creen que son pocos, es decir, solo quienes piensan en el futuro tras el cumplimiento de la condena.

Son libros que realizan importantes aportaciones personales de las vivencias en el cumplimiento de la condena privativa de libertad, dado que se está más interesado en las estadísticas que en mejorar las condiciones y vivencias de los presos.

EQUIDAD Y SENTIDO DE JUSTICIA

GRANDE YÁÑEZ, Miguel

(2021)

BORJA SIMÓN DE LAS HERAS

Abogado en IURE LICET

La obra de referencia supone una traducción del principio de equidad tanto en el ámbito social como jurídico, e incluso judicial, desde la altura de miras que tan solo proporciona un conocimiento sólido de los axiomas de la filosofía, como así demuestra el autor durante toda la obra.

El autor alzaprima el principio de equidad, desde las distintas corrientes filosóficas, como un principio rector en el orden social, que debe adquirir mayor significación en la labor judicial. Y tal conclusión tan solo se alcanza desde una profundidad analítica que nos adentra a estudios históricos, sociales y a construidas reflexiones que se alejan del estudio aséptico y superficial de la materia.

En ese estudio se aborda el principio de equidad en seis grandes bloques: la equidad como vivencial, equidad sin dogmatismo, insatisfacción de la equidad en el derecho civil, ensombrecimiento de la equidad en el derecho civil, ensombrecimiento de la equidad en el iuspositivismo, equidad social e institucional y equidad en situación y sentido de justicia.

En definitiva, tras la lectura de la obra se observa el debido ejercicio crítico que ha de realizarse sobre la proyección del principio de equidad en el ámbito jurídico y judicial, y ciertas disquisiciones derramadas durante la obra han recordado a quien suscribe al principio aristotélico de la virtud entendida como el término medio entre dos extremos malos, el uno por exceso y el otro defecto.