

Revista del Foro Canario

79

Las Palmas de Gran Canaria, 1990



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Segundo Franco Vega
Diputado Primero

Jaime Santana Castellano
Diputado Segundo

Serafín García Zumbado
Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora
Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz
Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto
Diputado Sexto

Jaime Rubio López
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

José María Palomino Martín
Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXIII

Mayo - Agosto

1990-II

SUMARIO

	Págs.
<i>“Novedades en la emisión de Obligaciones por sociedades anónimas”</i> por don LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ	9
<i>“Animus iniuriandi e injurias”</i> por el PROF. DR. JOAN QUERALT	35
<i>“Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la la Ley de Aguas”</i> por don ADOLFO JIMÉNEZ JAÉN	41
<i>“Reflexiones sobre la reforma del Código Penal desde la praxis del juzgado”</i> por don ANTONIO MORENO ANDRADE	49
<i>“La Ley aplicable a las obligaciones alimenticias en España y el derecho convencional internacional”</i> por don MANUEL PÉREZ RODRÍGUEZ	65

	Págs.
<i>“El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988”</i> por don JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ	109
<i>“Los principales interrogantes del delito de defraudación tributaria (art. 349 CP). Consideraciones de “lege ferenda”</i> por don VALENTÍN CONCEJO ARRANZ	129
<i>“La unión de hecho: efectos personales”</i> por don JUAN JOSÉ DELGADO CABRERA Y doña ANA MARÍA MONTESINOS AFONSO ...	161

NOVEDADES EN LA EMISIÓN DE OBLIGACIONES POR SOCIEDADES ANÓNIMAS

LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ

DECANO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS Y
CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL DE LA FACULTAD DE
DERECHO DE GRANADA

No es ciertamente ni efecto casual, ni mera afición de los gobernantes que la normativa mercantil sea posiblemente la que mayor transformación haya experimentado desde la instauración en España de la actual democracia y, por consiguiente, una de las que en los últimos tiempos está concitando mayor número de seminarios, conferencias o mesas redondas especiales en colegios profesionales, centros universitarios e instituciones especializadas.

Y es que la propia Constitución, el reconocer la serie de principios que configuran el sistema económico constitucionalizado, exigía una profunda transformación de la normativa mercantil en cuanto instrumento indispensable para hacer efectiva la economía social de mercado que en ella se proclama.

Pero además, ya desde la preparación del ingreso de España en la CEE, y mucho más tras dicha incorporación, resultaba indispensable la adaptación de nuestro Derecho al acervo comunitario que, fundamentalmente, es un acervo referido al ámbito mercantil, ya que los Padres de Europa, para avanzar hacia una mayor integración política eligieron precisamente la vía de la constitución de un Mercado único, que exige la armonización de las normas mercantiles que constituyen su esencial instrumento.

Precisamente en ese doble esfuerzo renovador, de adaptación a las exigencias comunitarias, pero también de mejor adecuación a los principios constitucionales, ha de entenderse la Ley 19/1989, de 25 de julio, denominada de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, que es la que ha dado lugar al texto refundido de LSA aprobado por Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre.

Se trata, por consiguiente de un doble esfuerzo, uno con contenido obligado por las Directivas comunitarias, pero otro fruto de las apreciaciones políticas internas sobre lo que se ha considerado conveniente para la renovación y adecuación a los nuevos tiempos de algunos extremos de la anterior regulación de las sociedades de capitales, dentro del movimiento que ha conducido a su reforma en Alemania en 1965, en Francia en 1966, en Italia en 1974, en Inglaterra en 1985 o en Portugal en 1986.

En este sentido, resulta ámbito especialmente abierto a la crítica interna, política y jurídica, las apreciaciones de esas necesidades que se han hecho por nuestros Poderes Públicos, tanto respecto de las materias que se han modificado y el sentido de la modificación, como de aquellas otras que no han sido reformadas y las razones de su mantenimiento.

Sin entrar en esa crítica, que constituiría materia más propia de una conferencia general sobre la reforma, que de una conferencia sobre aspecto tan específico como el tratamiento en la misma de la emisión de obligaciones, baste señalar que la actual modificación no cierra el camino de la auténtica reforma del Derecho español de Sociedades. Antes bien ese camino sigue abierto y por múltiples razones urgido, como entendió la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, que tan pronto entregó al Ministro de Justicia el Anteproyecto de lo que luego, con importantes variaciones, desembocaría en la actual reforma, constituyó una Ponencia para preparar una Ley general de sociedades mercantiles integrada por los profesores FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, GARCÍA VILLAVARDE, GONDRA, RODRÍGUEZ ARTIGAS y SÁNCHEZ ANDRÉS.

La materia central de mi intervención refleja, no solamente una afición que desde hace años me viene haciendo ocuparme de las emisiones de obligaciones y de los diferentes tipos y cláusulas especiales que en ellas se presentan, sino el deseo de ponderar el interés que para el desarrollo industrial

actual tienen las cuestiones relativas a la financiación de las empresas, en cuyo marco quiero presentarles las modificaciones que implica el nuevo texto refundido de la LSA y las consideraciones que merece.

Como ustedes saben, las empresas, y entre ellas las sociedades anónimas, necesitan para su propio desarrollo medios económicos destinados a constituir los fondos permanentes o capitales fijos y los fondos de rotación o capitales circulantes. Para conseguirlo pueden recurrir a medios de financiación internos o propios (aumentos de capital, autofinanciación) y a medios externos o ajenos (crédito oficial o privado, emisiones de obligaciones); pueden recurrir al mercado público de capitales mediante operaciones que capten fondos con vínculo de capital, como las emisiones de acciones, o lo hagan con vínculo de crédito, como las emisiones de obligaciones.

En este cuadro, las operaciones de financiación de las empresas pueden concebirse en abstracto como el punto de encuentro entre las exigencias de la empresa y la del mercado de capitales: aquella tratará de obtener los fondos que necesite en las condiciones más ventajosas; éste impondrá las condiciones que sean compatibles con las tendencias del mercado financiero.

La emisión de obligaciones es un medio de financiación externo con el que se acude al mercado de capitales para hacer una captación capilar de fondos con vínculo de crédito, a medio y largo plazo y en condiciones económicas más favorables que otros medios de financiación que, exigiendo generalmente la intermediación bancaria, implican costes mayores.

En general, una empresa emite obligaciones cuando por cualquier circunstancia su necesidad de nuevos fondos es temporal, pero su duración, volumen o condiciones determinan que exceda de las normales operaciones crediticias; cuando los grupos que controlan una determinada empresa no desean aumentar su propia participación en su capital, ni permitir la admisión de nuevos socios que alteren el equilibrio existente; cuando se prevén dificultades para encontrar esos nuevos socios, etc...

Las emisiones de obligaciones tienen un público especial y bien determinado: No se dirigen hacia los inversores tentados por grandes beneficios, plusvalías espectaculares o cualquier otro tipo de especulación de gran rentabilidad, dispuestos a asumir los riesgos que todo ello implique. Se dirigen más bien hacia quienes, inversores individuales o institucionales, prefieren una inversión segura de sus ahorros, una rentabilidad más estable, aunque les prive de posibles plusvalías y les someta a la continua erosión que implican los

procesos de constante depreciación monetaria. La abundancia de inversores de este último tipo hace de la emisión de obligaciones una de las operaciones más idóneas para efectuar una captación capilar que permita alcanzar importantes volúmenes globales.

La importancia de la financiación de empresas por medio de obligaciones es notable en casi todos los países. La variedad y montantes de las emisiones que continuamente se verifican en los diferentes mercados de todo el mundo; las grandes empresas que se valen de este instrumento de financiación para contribuir a su efectivo desarrollo, etc., son hechos que ponen de relieve la importancia práctica de la materia.

De ahí que expusiera MOSSA que “desde hace casi un siglo las obligaciones constituyen una fuente importante, si no inagotable, de capitales para la sociedad anónima; en todo el mundo empresas colosales se han valido de esta forma de financiación y han lanzado sobre el mercado títulos semejantes a las acciones, títulos de crédito con capacidad circulatoria y cotizados en Bolsa que testimonian la buena o mala fortuna de las sociedades”.

Sin perjuicio de los antecedentes medievales de empréstitos colectivos representados mediante títulos, el empleo de las emisiones de obligaciones como instrumento de financiación de las sociedades mercantiles se produce en España a mediados del siglo XIX por parte de las compañías de ferrocarriles, de ahí que el C. de co., que no regula esta materia específicamente, se refiera a ella aunque sea parcamente respecto de las emisiones de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas en los arts. 186, 187 y 190, y faculte para realizar emisiones en el art. 176 a las compañías de crédito y en el art. 21.10 a las demás sociedades e incluso a los particulares.

Con el escaso precedente positivo de las referencias a las emisiones de obligaciones contenidas en los citados preceptos del C. de co., los redactores del Anteproyecto de LSA de 1947 destacaron en su preámbulo la conveniencia de regular en ella las obligaciones, colmando la laguna legal existente. Exponían que, aunque la regulación podía hacerse introduciendo en el C. de co. los correspondientes preceptos, como una modalidad de préstamo mercantil caracterizada por su especial forma de documentación y los comerciantes individuales y sociedades mercantiles de cualquier índole estaban legalmente facultados para crear esta clase de valores mobiliarios, la realidad enseñaba

que era una operación financiera particularmente adecuada para las sociedades anónimas, las únicas en emplearlas frecuentemente, lo que, unido a la semejanza de las obligaciones con las acciones y de su emisión con el aumento de capital, aconsejaba tal regulación.

De ahí que la LSA, en su texto inicial de 1951, regulase las obligaciones en el Capítulo VII (artículos 111 al 132), desde una perspectiva de especial preocupación por la protección de los intereses colectivos de los obligacionistas como acreedores sociales, en consonancia con las propias tendencias del Derecho comparado. Esa normativa experimentó modificaciones en sus arts. 111 y 114 a virtud de la Ley 27/1980, de 19 de mayo; y, con mayor intensidad, ha sido afectada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, que ha determinado el nuevo texto refundido de LSA, en el que se dedica específicamente a las obligaciones el Capítulo X (arts. 282 y 310), como enseguida veremos.

Junto a las disposiciones de la LSA, naturalmente también se aplica a las emisiones de obligaciones los preceptos del RRM aprobado por el RD 1.597/1989, de 29 de diciembre, que excede de los aspectos simplemente registrales para llegar en alguna medida a constituirse en reglamento de la LSA. Además, muy especialmente, se aplica la LMVa, Ley 24/1988, de 28 de julio, cuya regulación, a tenor de su art. 2, comprende “los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, agrupados en emisiones” y, conforme a su art. 3, se aplicará “a todos los valores cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en el territorio nacional”.

A su vez, las emisiones por personas jurídicas distintas de las sociedades anónimas, tienen específica regulación en la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, cuyo art. 2 relativo al régimen de su inscripción registral, también ha sido modificado por la Ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación a que venimos refiriéndonos. Pero su regulación se complementa precisamente con los preceptos de la LSA al respecto, que tiene carácter supletorio de su legislación específica.

En cuanto a la emisión de obligaciones por parte de personas físicas, resulta prevista en el art. 22.1 del C. de co. (como antes hacía el art. 20.10 del mismo), que contempla su inscripción registral, como hace luego el art. 87.7 del RRM, aunque sin una regulación sustancial precisa. Se da la particularidad de que el art. 22.1 del C. de co. y el art. 87.7 del RRM se refieren

a la inscripción de las emisiones de obligaciones efectuadas por los empresarios individuales, mientras que el antiguo texto del art. 21.10 se refería más genéricamente a las emisiones efectuadas por “particulares”. Pero al ser potestativa la inscripción del empresario individual salvo el naviero, frente a alguna opinión en contrario, entiendo que únicamente será obligatoria la inscripción de las emisiones de obligaciones efectuadas por personas físicas, cuando las realice un empresario individual que figure inscrito.

La LMVa tiene gran relevancia en esta materia, ya que además de regular la posibilidad de que los valores negociables puedan representarse por medio de anotaciones en cuenta (arts. 5 y ss.), constituyendo la normativa básica a la que se remite el art. 290.3 del texto refundido de la LSA para los casos en que las obligaciones estén representadas por medio de anotaciones en cuenta, resulta también de general aplicación a las emisiones de obligaciones o valores análogos en cuanto establece los requisitos de la propia emisión o colocación de las obligaciones en el mercado primario de valores (arts. 25 y ss.), eximiendo como regla general de autorización administrativa previa, salvo en los supuestos que se indican, pero imponiendo la comunicación previa del propósito de emitir las obligaciones a la CNMV, con aportación de determinada documentación, auditoría de cuentas y folleto informativo sobre la emisión. En este punto, a falta del anunciado desarrollo reglamentario, sigue siendo de aplicación el RD 1.851/1978, de 5 de julio, el RD 1.847/1980, de 5 de septiembre, y la OM de 17 de noviembre de 1981, modificada por las OOMM de 26 de febrero de 1982 y 17 de julio de 1984; así como la OM de 14 de noviembre de 1989 y los criterios provisionales aprobados por el Consejo de la CNMV, sobre los requisitos de las emisiones a partir de 29 de enero de 1989.

Al amparo de esa dispersa normativa, como fruto de la práctica financiera de los mercados de capitales de los diferentes países y de la imaginación de quienes aplican la ingeniería financiera a estas materias, han ido surgiendo un sin fin de modalidades de obligaciones, que paso a enunciar someramente, clasificándolos sin otro ánimo que el de pura ordenación de ejemplos que revelan la riqueza y utilidad de este medio de financiación de empresas:

a) En razón de su representación y régimen de circulación, se emiten obligaciones representadas por medio de títulos, que a su vez pueden ser al portador o nominativos, o representadas por medio de anotaciones en cuenta.

b) En razón de su valor, las obligaciones se pueden emitir a la par o con prima de emisión, lo que supone emitirlas bajo la par.

c) En razón a la moneda en la que se expresa el importe de las obligaciones, se pueden emitir en moneda nacional o en moneda extranjera, en moneda de cuenta o con opción de cambio que permita elegir entre diferentes divisas.

d) En razón a la rentabilidad de las obligaciones se pueden emitir con rentabilidad fija o variable; la rentabilidad fija puede consistir en un interés y, acumulativa o alternativamente, un rendimiento en especie (bienes, servicios o derechos como el de preferencia para la suscripción o la adquisición de acciones). La variabilidad puede depender de una cláusula de participación o una cláusula de revalorización. Y el rendimiento puede ser periódico, de forma constante o progresiva, o acumularse al vencimiento de las obligaciones; puede ser igual o uniforme para todos los obligacionistas o desigual por atribución de rendimientos adicionales mediante sorteos de premios a los obligacionistas agraciados. La atribución de una rentabilidad anormalmente elevada como compensación de un alto riesgo de insolvencia ha dado lugar a los llamados “bonos basura” del mercado norteamericano.

e) En razón de sus garantías, las obligaciones pueden ser simples o garantizadas; y estas últimas pueden serlo mediante las formas de garantía tipificadas en el art. 284, a algunas de las cuales se les atribuye el específico efecto de permitir superar los límites cuantitativos legalmente establecidos a las emisiones de obligaciones, o mediante cualquier otra modalidad de garantía jurídicamente lícita, que sería “atípica” y no producirá el aludido efecto, pero que será igualmente válida y eficaz.

f) En razón de su amortización, las obligaciones pueden ser reembolsables a su valor nominal, con prima de reembolso, o a un valor variable en función de determinados índices; reembolsables en un lugar determinado o con cláusula de opción de plaza; amortizable en un solo vencimiento o en diferentes plazos; amortizables a fecha fija o conforme a un calendario de amortización predeterminado; amortizables uniformemente o según los resultados del sorteo o sorteos establecidos; con o sin facultad de amortización anticipada para el obligacionista o para la sociedad emisora; y amortizables mediante su conversión en acciones o mediante su canje por acciones, de la misma sociedad emisora o de otra diferente. La emisión simultánea de obligaciones amortizables a un valor variable en proporción al alza de los índices bursátiles y otras a un valor variable en idéntica proporción pero a la baja de los índices bursátiles, constituye la modalidad “Bull and Bear” (“toro y oso”) nacida en la práctica financiera norteamericana, pero que ha tenido ya aplicación en España.

Y es de señalar que la normativa establecida para las obligaciones es aplicada también, a tenor del art. 282.2 del texto refundido de LSA, a toda clase de valores emitidos por las sociedades anónimas en series numeradas y mediante los que reconozcan o creen una deuda, como norma general que complementa el régimen específico de cada caso. Entre otros supuestos, cabe mencionar las emisiones de bonos bancarios, de caja o de tesorería (inicialmente regulados por el DL de 29 de noviembre de 1962 y las OOMM de 21 de mayo de 1963 y 26 de mayo de 1971, como tipos especiales de obligaciones que podían ser emitidos por los Bancos Industriales y de Negocios); a las de bonos o cédulas hipotecarias (previstos en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, sobre Regulación del Mercado Hipotecario y en su Reglamento de 17 de marzo de 1982); a las de las llamadas “obligaciones subordinadas” (contemplados en los arts. 7.e) y 11 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre Inversiones Obligatorias, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, desarrollada por el RD 1.370/1985, de 1 de agosto); o a las emisiones seriadas de pagarés de empresa (a los que se presta atención fiscal en la Ley de 29 de abril de 1985, sobre Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, mermando su rápida difusión anterior).

Como he expuesto, el régimen jurídico de la emisión de obligaciones o valores análogos se encuentra disperso en el ordenamiento español, incluso dejando al margen las emisiones efectuadas por las Administraciones Públicas, con normas propias que parten de la presunción de que su seguridad no precisa instrumentos especiales de protección de los intereses colectivos. Pero, además, a esta dispersión normativa no deseable, se unía una patente deficiencia sistemática en el tratamiento legal dado a las emisiones de obligaciones en la propia LSA de 1951, que había ido agravándose en sus posteriores reformas.

En esta situación, aunque la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, no haya sido aprovechada para ofrecer una regulación más completa y actualizada de estas operaciones, ha dado ocasión a que el nuevo texto refundido de la LSA mejore la sistemática de su tratamiento legal en el capítulo X dedicado a la emisión de obligaciones, aun cuando continúe la dispersión normativa.

Pese a la mejora de la sistemática, que no obstante sigue presentando deficiencias, ciertamente hubiese sido preferible que se hubiera aprovechado la Ley 19/1989 para establecer un estatuto legal unitario de la emisión de obligaciones y valores análogos, con independencia de la naturaleza de quien

fuese el emisor, a fin de evitar la actual dispersión normativa, en aras de la propia seguridad jurídica, tal vez llevándolo al C. de co., como propiciaba ALONSO ESPINOSA, dada la creciente generalización de la utilización de estos medios de financiación de empresas.

Entrando ya en el examen de las modificaciones sustanciales que, sobre la emisión de obligaciones, presenta la nueva normativa, conviene señalar que la Ley 19/1989, de 25 de julio, únicamente introducía modificaciones en tres puntos, a los que el nuevo texto refundido ha añadido un cuarto, de más que discutible legalidad:

1. La publicidad registral de la emisión, que conduce a la publicación de los anuncios correspondientes en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, en vez de en el BOE.

2. La posibilidad de representación de las obligaciones y demás valores análogos, además de mediante títulos, mediante el sistema de anotación en cuenta.

3. Y el régimen propio de las emisiones de obligaciones convertibles, profundamente alterado por el art. 9 de la Ley 19/1989, que ha dado lugar luego a los arts. 292, 293 y 294 del nuevo texto refundido de LSA, tanto respecto de la normativa anterior, como incluso de la práctica financiera española.

4. Como novedad del texto refundido de LSA, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, excediéndose de la habilitación recibida al respecto, se ha introducido una significativa modificación, consistente en ampliar las modalidades de garantía de las emisiones de obligaciones susceptibles de permitir a la sociedad superar los límites cuantitativos a que legalmente se sujeta su facultad de emitir obligaciones u otros valores negociables análogos.

Me referiré en primer lugar a esta más reciente novedad, que no aparece en la Ley 19/1989 y ha sido introducida directamente por el RD Legislativo 1.564/1989 en el texto refundido.

Ya saben ustedes, que el legislador español, como el de la mayoría de los países, al reconocer a las sociedades anónimas la facultad de emitir series

numeradas de obligaciones u otros valores análogos la sujetó a ciertos límites cuantitativos, como protección preventiva de los obligacionistas, en cuanto financiadores en masa y contratantes por adhesión; y como medio para equilibrar la financiación propia y esta modalidad de financiación ajena, impidiendo que empresas poco escrupulosas puedan reiterar sus emisiones, encadenándolas para satisfacer las unas con las otras.

La LSA española, en el primitivo art. 111 conforme a su texto de 1951, fijaba el límite de las emisiones de obligaciones únicamente en el capital social desembolsado, límite que en paralelo fue el recogido en el art. 1 de la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, sobre emisión de obligaciones por personas jurídicas diferentes de las sociedades anónimas. Sin embargo, la Ley 27/1980, de 19 de mayo, modificó la redacción de ambos preceptos en términos que han pasado al actual art. 282.1, al situar el límite en la suma del capital social desembolsado, las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de Regularización y Actualización de Balances cuando hayan sido aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda.

Nuestro ordenamiento, como la mayoría de los que establecen límites cuantitativos a las emisiones de obligaciones, regulan casos excepcionales en los que esos límites pueden ser superados, entre los que tienen especial relevancia aquellos supuestos en los que la emisión de obligaciones cuenta con alguna de las garantías adicionales determinadas en el art. 284 de la LSA: hipoteca mobiliaria o inmobiliaria; prenda de valores depositados en un Banco oficial o privado; garantía del Estado, Comunidad Autónoma, Provincia o Municipio; aval solidario de Banco oficial o privado o de Caja de Ahorros; o val solidario de una sociedad de garantía recíproca.

Precisamente, al mencionar el supuesto de prenda, el art. 284.1.b del texto refundido ha sustituido la expresión “prenda de efectos públicos” del antiguo art. 114, por la de “prenda de valores”, de modo genérico, sin distinguir entre públicos o privados, ni entre sus posibles clases.

La disposición final primera de la Ley 19/1989 facultaba al Gobierno para aprobar un texto refundido de la LSA, al que habría de incorporar las disposiciones vigentes sobre dicho tipo social y las contenidas en la propia Ley 19/1989, “con autorización expresa para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición”.

No parece que la sustitución de la prenda de efectos públicos, por prenda de valores sin más distinción, constituya un supuesto de regularización,

aclaración o armonización, que eran las únicas facultades autorizadas al Gobierno.

Pasando a las novedades que traen causa de la Ley 19/1989 y que figuran en el nuevo texto refundido de LSA, aludiré primero a la producida en materia de publicidad.

A este respecto, conviene partir de que la emisión de obligaciones es una operación compleja, compuesta de diferentes fases cuya naturaleza ha sido objeto de variadas calificaciones jurídicas. Se ha sostenido, desde la existencia de una “*invitatio ad offerendum*” por parte de la sociedad emisora, a la que seguiría la oferta por parte de los suscriptores y luego la aceptación por la propia sociedad; hasta el perfeccionamiento del contrato entre la sociedad emisora y el Comisario de los obligacionistas, designado por ésta antes de que existan tales obligacionistas, contrato que quedaría en estado de suspensión sometido a la “*condictio iuris*” de su ulterior ratificación por los suscriptores.

A mi juicio, pese a las distinguidas opiniones en contrario, si se quiere presentar un marco que pueda encuadrar el desenvolvimiento práctico de la operación, común a los diferentes ordenamientos y que pueda ser aplicable a cualquier tipo de emisión de obligaciones, sin pretender subordinar la realidad a planteamientos dogmáticos, pero también sin excesiva atadura a la letra de las normas positivas, deben separarse solamente dos fases fundamentales: la emisión propiamente dicha y la suscripción de las obligaciones. Se trata del encuentro de dos voluntades, oferta y aceptación, que perfeccionan un negocio jurídico bilateral del que deriva toda una serie de efectos jurídicos para las partes.

En el ámbito de la primera fase o emisión propiamente dicha se debe producir una manifestación de voluntad por parte de la sociedad emisora, que constituye la oferta:

a) Esa voluntad se formará con arreglo a las reglas de formación y expresión de la voluntad de la sociedad emisora, lo que tratándose de sociedad anónima exige acuerdo de Junta General a tenor del art. 283.1, aunque el art. 283 del RRM permite la delegación de los administradores siempre que no se trate de emisiones de obligaciones convertibles en acciones.

b) El acuerdo, como “*condictio iuris*” para su eficacia, ha de incluir la constitución del Sindicato de obligacionistas y la designación del Comisario, conforme al art. 283 y ha de comprender las menciones determinadas por el art. 285 de la LSA y art. 274.1 del RRM.

c) Además, como “*condictio iuris*” no de su eficacia pero sí de su licitud, la formulación de esa oferta pública, que está dirigida a los eventuales operadores en el mercado primario de capitales, tiene que respetar lo dispuesto en los arts. 25 y 26 de la LMVa, conforme a los que, según los casos precisará autorización administrativa previa o simple comunicación previa a la CNMV, con la minuciosa documentación requerida al efecto.

d) Finalmente, el acuerdo de emisión, para garantía de los destinatarios de la oferta, habrá de formalizarse en escritura pública a tenor del art. 285, anunciarse en el BORME conforme al art. 286.1 e inscribirse en el RM según el art. 286.2 de la LSA.

Formulada la oferta en esos términos, que integran la primera fase del proceso complejo de emisión de obligaciones, habrá lugar a su posible aceptación mediante la suscripción de las obligaciones, que implica expresión de un consentimiento por vía de adhesión y la automática incorporación del suscriptor al Sindicato de obligacionistas, de conformidad al art. 287.

A este respecto, la única novedad que presenta el texto refundido de la LSA, que ni siquiera se ha aprovechado para “aclarar” algunos términos discutibles y discutidos en la doctrina, ha sido sustituir la publicación del anuncio de la emisión que el antiguo art. 117 mandaba hacer en el BOE, por la publicación en el BORME. Y debe destacarse que ni la LSA ni el RRM han establecido plazo alguno de antelación respecto del comienzo del período de suscripción, en el que deba efectuarse la publicación del anuncio de la emisión.

Conforme al art. 387.2 del vigente RRM, la publicación del anuncio de la emisión de obligaciones en el BORME, deberá aparecer en su Sección Segunda, puesto que el solo anuncio de la emisión no causa operación en el Registro Mercantil y viene impuesto por norma legal.

Sin embargo, esa publicación del anuncio de la emisión no exime en términos legales de que una vez inscrita la escritura de emisión, lo que a tenor del art. 285.2 de la LSA ha de realizarse antes de que puedan ponerse en circulación las obligaciones, se vuelva a publicar la emisión en la Sección Primera del BORME, en el apartado “actos inscritos”, indicando la fecha e importe

de la emisión y la identidad del Comisario. En este sentido, el art. 353.13 del RRM obliga al Registro Mercantil competente a comunicar tales datos al Registro Mercantil Central; y el art. 386.1 manda a éste publicarlos en el BORME, publicación que conforme al art. 386.2 habrá de hacerse constar luego mediante nota marginal del asiento principal de inscripción de la emisión.

Curiosamente, el BORME ha tardado en aparecer más de un mes desde la entrada en vigor del RRM, tras su aventurada publicación en el BOE, con lo que durante el mes de enero los actos inscribibles e incluso inscritos, no eran oponibles a terceros de buena fe, puesto que el nuevo texto del art. 21.1 del C. de co. determina que solamente les serán oponibles desde su publicación en el BORME.

La segunda de las novedades que antes apuntaba era el reconocimiento de la posibilidad de representación de las obligaciones, además de por el tradicional sistema de títulos, o documentación en papel, por medio de anotaciones en cuenta o documentación contable, incluso con la obligatoriedad de serlo así en determinados casos, conforme al art. 10 de la Ley 19/1989, hoy recogida como disposición adicional primera, punto 5 del texto refundido.

Tradicionalmente la incorporación del derecho al documento, el derecho de crédito de los obligacionistas al título o documento de papel, al unir íntimamente el uno al otro, permitió su fácil circulación, no ya con el régimen propio de la cesión de créditos, sino con el más ágil de la transmisión del propio documento de papel o título que lo incorpora, rodeada de las especiales protecciones que el ordenamiento concede al adquirente, propias de las notas de literalidad, autonomía y legitimación por la posesión característica de los títulos valores.

La gran difusión de los títulos valores en el moderno tráfico jurídico mercantil ha puesto de manifiesto la insuficiencia del mecanismo tradicional de la incorporación del derecho al título o soporte documentado en papel para atender a las actuales necesidades, iniciándose así un proceso de crisis o de “desmaterialización” de los títulos valores, ampliamente estudiado en nuestra doctrina.

La incorporación del derecho al documento, que desde la aparición de los títulos valores facilitó su circulación, ha ido revelando graves disfunciones

causadas por la ingente multiplicación de los propios documentos y el creciente aumento de los tiempos y costos precisos para su manipulación masiva. De ahí que las necesidades prácticas condujeran a propiciar sistemas alternativos de tratamiento de los títulos valores.

Inicialmente se recurrió a su agrupación e inmovilización en depósitos colectivos, con cargo a los cuales se acreditaba la titularidad y, por compensación, se liquidaban las obligaciones de entrega dimanantes de su transmisión. Y más tarde se ha llegado a la sustitución del título mismo en cuanto documento-papel, para permitirse la representación de los derechos correspondientes mediante simple anotación en cuenta, como comenzó a utilizarse en las emisiones de Pagarés del Tesoro (OM de 10 de enero de 1984) y Deuda del Estado (RD 505/1987, de 3 de abril) y se ha extendido luego el art. 5 de la LMVa, reconociéndose expresamente para acciones y obligaciones en la Ley 19/1989 y en el texto refundido de LSA.

Así el art. 290.1 permite en ese sentido la representación de las obligaciones por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta, sustituyendo el papel como soporte al que se incorpora el derecho por el mero asiento contable, agilizado a través de la informática, que pasa a ser el moderno soporte de ese derecho.

La LSA contempla la elección de la forma de representación de las obligaciones como una facultad cuyo titular no se explicita, ni se indica el modo y momento de ejercitarla. Sin embargo, el art. 274.1.2 del RRM determina que la inscripción de la emisión habrá de expresar si la representación de las obligaciones se hace por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta, por lo que se debe entenderse que la sociedad emisora, entre las demás condiciones de la emisión, establecerá lo que considere oportuno y será aceptado por los obligacionistas mediante la adhesión que implica la suscripción.

El art. 290.3, al referirse a las obligaciones representadas por medio de anotaciones en cuenta, se limita a remitir su regulación a la normativa reguladora del mercado de valores y concretamente los arts. 5 y ss. de la LMVa. La normativa reguladora del Mercado de Valores rige para determinar tanto el sistema de incorporación de las obligaciones emitidas por sociedades anónimas a dicho mecanismo de representación mediante anotación en cuenta, efectos de la misma, sistema de transmisión, de constituciones de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre las mismas y forma de legitimación del titular para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de obligacionista.

El art. 94.10 del RRM obliga a inscribir en la hoja correspondiente a la sociedad emisora la designación de la entidad encargada de la llevanza del registro contable, en el caso de que los valores se hallen representados por medio de anotaciones en cuenta.

Conforme a la disposición adicional primera, número 5, del texto refundido de LSA, las obligaciones que pretendan acceder o permanecer admitidas a cotización en un mercado secundario oficial, necesariamente habrán de representarse por medio de anotaciones en cuenta. Y, a este respecto, señala dicha Disposición adicional que, tan pronto se representen por anotaciones en cuenta, los títulos en que anteriormente se reflejaban quedarán amortizados de pleno derecho, debiendo darse publicidad a su anulación en el BORME, en los Boletines de las Bolsas de Valores y en tres diarios de máxima difusión en todo el territorio nacional.

Naturalmente la transformación del sistema de representación establecido en las condiciones de emisión supondrá una modificación de las condiciones del empréstito que, una vez suscritas las obligacionistas, no puede efectuar unilateralmente la sociedad emisora, sino que habrá de ser aprobada por la Asamblea general de obligaciones, con los requisitos exigidos por el art. 299.2 al efecto. Pero no existirá modificación, cuando se trate de futuras emisiones que prevean la cotización de las obligaciones en un mercado secundario oficial, ya que será simple consecuencia legal de tal previsión.

Conviene destacar que, mientras el art. 290.2 reconoce fuerza ejecutiva a los títulos representativos de las obligaciones, en congruencia con las previsiones del art. 1.429.5 de la LECiv el legislador al permitir su representación mediante anotación en cuenta no ha atribuido dicha fuerza ejecutiva a los certificados representativos de la anotación previstos en el art. 12 de la LMVa, ni ha modificado lo dispuesto en el art. 1.429.5 de la LECiv.

En consecuencia los títulos representativos de obligaciones y sus cupones, ya sean nominativos o al portador, llevarán aparejada ejecución y permitirán instar, en el oportuno procedimiento ejecutivo, que se despache ejecución contra los bienes de la sociedad anónima emisora de las obligaciones y de sus garantes. Para despachar ejecución se requiere la confrontación “en todo caso” de los títulos con los libros talonarios y de los cupones con los títulos de que procedan, que de ser conforme no impedirá despacharla aunque el deudor alegue su falsedad, sin perjuicio de poder excepcionarla en el juicio ejecutivo.

Por el contrario, cuando las obligaciones estén representadas por anotación en cuenta, entiendo, pese a la opinión de VICENT CHULIA, que

carecerán de esa fuerza ejecutiva, ya que ni el art. 290.3 de la LSA, ni los arts. 5 y ss. de la LMV, ni el art. 1.429 de la LECiv se la reconocen. Únicamente cabrá una acción ejecutiva de carácter colectivo, no con base en los títulos, sino en la escritura pública de emisión que, con arreglo al art. 1.429.1 también lleva aparejada ejecución, siempre que se trate de la primera copia o de segunda, expedida en virtud de mandamiento judicial y con citación de la propia sociedad emisora.

Finalmente, conviene reseñar que en la labor de armonización propia del texto refundido, que debía acomodar la antigua terminología a la moderna, aunque se ha sustituido la antigua expresión de “títulos” por la de obligaciones o valores a fin de comprender ambas formas de representación, no siempre ha ocurrido así, pudiendo señalarse que el art. 309.2 sigue hablando de títulos cuando realmente hay que entender que está refiriéndose también a los certificados de las anotaciones a cuenta representativas de las obligaciones.

La tercera y última de las novedades que antes indicaba era el tratamiento dado a las emisiones de obligaciones convertibles, diferente del que hasta ahora contenía la LSA y del que tradicionalmente viene utilizando la práctica financiera española.

Entre las diferentes modalidades de convertibilidad de obligaciones en acciones, como fenómeno amplio y digno de un estudio de conjunto, cabe distinguir dos modalidades básicas: que las obligaciones se emitan con el carácter de convertibles en acciones o que la convertibilidad se establezca después de su emisión como posibilidad sobrevenida.

La LSA, en su anterior versión, contemplaba ambos supuestos, pero centraba su atención en el segundo, la convertibilidad sobrevenida, regulada en el art. 95 como modo de ampliación del capital social. Por el contrario, la Ley 19/1989 y el consiguiente texto refundido de la LSA han centrado su atención en el primer supuesto, las obligaciones emitidas ya como convertibles.

En ese sentido, hay que señalar que el texto refundido ha eludido regular con detalle el aumento de capital por conversión de obligaciones en acciones no previstas en su emisión, limitándose a establecer en el art. 156.2 que, cuando se aumente el capital por conversión de obligaciones en acciones, se aplicará lo establecido en el acuerdo de emisión de obligaciones; y luego, en sus arts.

292, 293 y 294, ha regulado precisamente las emisiones de obligaciones convertibles en acciones, con la particularidad de que contempla únicamente una concreta configuración o modalidad de conversión, que ni siquiera es frecuente en la práctica financiera española.

GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ considera que, en los términos legales actuales, es imposible realizar emisiones como las que hasta ahora se han venido efectuando en España, pues únicamente serán admisibles las emisiones con un tipo o relación de conversión fijo e invariable, aun reconociendo que no se trata de una imposición de las Directivas comunitarias.

A mi juicio debe entenderse que esta configuración legal de una modalidad concreta de conversión no impide ni la convertibilidad sobrevenida, ni otras modalidades de emisión de obligaciones convertibles, puesto que el art. 292.1 atribuye a la Junta general la determinación de “las bases y las modalidades de la conversión”; y el art. 294.1 admite la posibilidad de acordar “otro procedimiento” para efectuar la conversión distinto del que el precepto regula. Serán posibles cuantas otras modalidades respeten los límites que a la libertad de pactos fija el art. 1.255 del C.c., lo que implica observar los tres preceptos que dedica la LSA a las obligaciones convertibles, cuyo contenido en buena medida resulta aplicable a modalidades de conversión no reguladas directamente en los mismos.

Tal vez con un exceso de dogmatismo o de atribuir mayor trascendencia a la reforma, se olvida que, a falta de prohibición legal, no cabe rechazar las emisiones a tipo o relación de conversión variable, cuya difusión en nuestros mercados, aunque difiera de la práctica financiera extranjera, demuestra tanto su atractivo para los inversores, cuanto su utilidad para la financiación de las sociedades que las emiten.

Basta señalar que los inversores, además de aplazar la decisión de convertirse en accionistas hasta el período de conversión, recibirán las acciones en su caso en unas condiciones económicamente más favorables, mejorando la rentabilidad de su inversión, e incluso con posibilidad de arbitrajes si ya son accionistas de esa sociedad; y, a través de ese tipo o relación variable de conversión, quedan más al abrigo de las oscilaciones bursátiles, que podrán determinar un diferente número de acciones a recibir, pero no la privación por antieconómica de la posibilidad de convertir.

A su vez, las sociedades emisoras, logran incidir sobre las capas de inversionistas en renta fija para atraerlos a la renta variable, capta los recursos

ajenos a un menor coste que mediante otras emisiones de obligaciones y, de producirse la conversión, logra colocar las acciones con una prima notable pese a la poca receptividad de nuestros mercados a las ampliaciones con fuerte prima.

En todo caso, conviene subrayar que el art. 292.1, al reconocer de modo tajante la facultad de las sociedades anónimas de emitir obligaciones convertibles en acciones, ha eliminado toda posibilidad de duda sobre su admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, en concordancia con lo que sucede en el Derecho comparado y con las previsiones de la Segunda Directiva de la CEE.

La LSA, en el art. 292.1, atribuye la competencia para emitir obligaciones convertibles en acciones a la Junta general de accionistas, que además deberá determinar en su acuerdo las bases y modalidades de la conversión y aprobar el aumento de capital en la cuantía necesaria, todo lo cual deberá consignarse en la inscripción registral a tenor del art. 274.2 del RRM.

Y, en relación con las referidas bases y modalidades de la conversión, el art. 292.2 impone una labor preparatoria de los acuerdos de emisión, al requerir que, con anterioridad a la convocatoria de la Junta general, los administradores redacten un informe que las explique, acompañado por otro de los auditores de cuentas.

Aunque ningún precepto especifica el contenido que han de tener esas bases y modalidades de la conversión, hay que entender que, en el supuesto de emisión de obligaciones convertibles a que directamente se refiere el legislador español, deben especificarse los siguientes extremos:

a) La clase de acciones en que sean convertibles las acciones, que serán acciones de la sociedad emisora de las obligaciones y de nueva emisión, al exigirse en el art. 292.1 el simultáneo aumento de su capital.

b) El tipo o relación de conversión (o de cambio, en la terminología del art. 294.2), que puede ser una relación fija e invariable, o una relación variable, indicándose los parámetros o métodos para establecerla e incluso, como se observa en numerosas emisiones, unos límites máximos y mínimos a tal variabilidad. Cuando se determinan varios períodos de conversión, suele ser frecuente establecer un tipo o relación de conversión diferente para cada uno de ellos. La práctica española ha sido flexible en esta materia, en la que habría sido conveniente que el legislador se limitara, como en Alemania, a exigir la constancia de las bases de conversión o el procedimiento para determinarlas.

c) El carácter facultativo u obligatorio de la conversión, como determinante de la legitimación para poner en marcha el procedimiento de conversión. En el primer caso, habrá de determinarse si la facultad se otorga al obligacionista, como presume el art. 294.1 para aquellos casos en que el acuerdo de emisión no haya establecido otra cosa, o si se otorga a la sociedad emisora.

d) El momento o período en el que podrá solicitarse la conversión, cuando ésta fuere facultativa, respecto de lo que el art. 294.1 presume que el obligacionista podrá solicitar la en cualquier momento si el acuerdo de emisión no ha establecido otra cosa. En todo caso, el art. 294.2 obliga a que se señale el plazo máximo para que pueda llevarse a efecto la conversión, sin que nada impida legalmente establecer uno o varios períodos para la conversión, más o menos próximos a la fecha de emisión de las obligaciones y de mayor o menor duración, siempre que tengan por lo menos la indispensable para hacerla viable.

e) Y, para completar el procedimiento de conversión, habrá de determinarse el lugar y forma mediante la que se expresará y comunicará la voluntad de convertir las obligaciones en acciones.

Como quiera que el informe de los administradores, igual que el de los auditores de cuentas, tiene como destinatarios los propios accionistas, para la formación de cuya voluntad emisora debe servir de ilustración, aunque el art. 292.2 únicamente determina que ha de explicar las bases y las modalidades de la conversión, razonablemente deberá destacar también las necesidades financieras de la sociedad emisora, la conveniencia de recurrir a ese concreto instrumento de financiación, las ventajas que represente el diseño que se pretenda dar a la emisión, tanto para su colocación en el mercado, como en su incidencia sobre la situación económica de la sociedad.

A su vez, el informe de los auditores de cuentas deberá centrarse en la verificación de las cifras y valoraciones que contenga el informe de los administradores sobre las magnitudes relativas a la propia sociedad y sobre la repercusión que en las mismas puede tener la emisión de obligaciones convertibles y, en su día, la conversión resultante, más que en las apreciaciones subjetivas sobre la idoneidad y oportunidad del sistema de financiación propuesto.

Y, ante el silencio legal, debe entenderse que dichos informes, en cuanto documentación destinada a preparar la decisión de la Junta general, habrán de quedar de manifiesto en el domicilio social a disposición de los accionistas,

desde el mismo momento en que se efectúe la convocatoria a la que ha de preceder, sin perjuicio de que además se dé cuenta de su contenido y se debata en la propia Junta.

El art. 292.1, como se ha dicho, atribuye la competencia para la adopción del acuerdo de emitir obligaciones convertibles a la Junta general de accionistas, sin referencia alguna a la posibilidad de delegación de dicho acuerdo en los administradores; y el art. 283.3 del vigente RRM prohíbe expresamente la delegación en los administradores de la facultad de acordar la emisión de obligaciones convertibles, aunque permite delegarles la facultad de determinar los extremos no fijados por la Junta que acuerde la emisión de esta clase de obligaciones.

Tal vez el RRM piensa que la delegación quedaba indirectamente impedida por el art. 292 de la LSA al exigir que en las emisiones de obligaciones convertibles en acciones la Junta general determine las bases y las modalidades de la conversión y acuerde aumentar el capital en la cuantía necesaria, y que, para ello los administradores, antes de la convocatoria de la Junta, redacten un informe sobre dichas bases y modalidades que habrá de ser acompañado por otro de los auditores. Sin embargo, en el orden de los principios, no veo inconvenientes en que esa determinación de las bases y modalidades, como el propio aumento de capital, pueda ser objeto de delegación por la Junta general en los administradores, a la vista del propio informe de los mismos.

Precisamente una de las pocas normas sobre obligaciones convertibles en acciones contenida en la Segunda Directiva de la CEE (77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976) se refiere a este extremo, al regular su art. 25.2 la delegación en los administradores de la facultad de aumentar el capital social y declarar expresamente el art. 25.4 que es aplicable a “la emisión de todos los títulos convertibles en acciones”, aunque con la limitación de la duración de esa delegación a cinco años. Por consiguiente, en este punto no era precisa adaptación alguna de nuestro ordenamiento a las normas comunitarias y, en ese sentido, el silencio legal resultaba congruente con la posición comunitaria, que no sirve de apoyo a la más restrictiva que implica la prohibición reglamentaria.

En cualquier caso, aunque el Gobierno con injustificado intervencionismo haya querido impedir con esta prohibición ciertas instrumentaciones por los administradores de la delegación de facultades para emitir obligaciones convertibles en acciones, privando a la sociedad de un instrumento útil para

atender eventuales necesidades financieras por temor a patológicos abusos, no parece adecuado el RRM para introducir una prohibición no prevista por la Ley, ni requerida por la adaptación a la normativa comunitaria.

No obstante debe destacarse que el art. 283.3 del RRM permite delegar en los administradores la ejecución del acuerdo de emisión adoptado por la Junta general, función que ya les atribuye el propio art. 294.1 de la LSA, con la particularidad de que en este caso la delegación para ejecutar el aumento acordado para la conversión no queda sujeta al límite de un año que el art. 153.1.a de la LSA determina. Se reconoce así que, como propiciaba DE LA CÁMARA, la duración de esta delegación en los administradores de la ejecución del acuerdo de aumento del capital para atender a la conversión ha de acompañarse a los períodos de conversión previstos en la emisión.

Es de señalar que ha quedado suprimida la prohibición que establecía el antiguo art. 95, en su párrafo final, conforme a la cual las sociedades cuyo patrimonio tuviese un valor inferior a la cifra de su capital (sociedades no “in bonis”), no podían aumentar su capital mediante conversión de obligaciones en acciones, salvo reducción previa del capital para restablecer su equilibrio con el patrimonio.

La doctrina ha estudiado ampliamente el fundamento y sentido de dicha prohibición, que algunos consideraban necesaria para respetar los principios de cobertura y veracidad del capital social, otros para mantener la paridad de trato entre los acreedores sociales y otros para protección de los obligacionistas. El legislador español ahora ha preferido no establecer disposición alguna al respecto, posiblemente por considerar que ni se infringen los principios relativos al capital social, ni se perjudican los demás acreedores sociales; que los obligacionistas encuentran suficiente protección, a través del consentimiento que han de prestar para que exista conversión, sea al suscribir las obligaciones, sea al convertirlas; y que la situación queda suficientemente atendida con las disposiciones generales relativas a la reducción de capital por pérdidas.

No obstante, el art. 292.3 establece una doble prohibición: prohíbe que en la emisión de obligaciones convertibles en acciones se emitan las obligaciones a valor inferior a su nominal y prohíbe que pueda efectuarse la conversión de modo que el valor nominal de las obligaciones convertidas sea inferior al valor nominal de las acciones en que se conviertan.

Y es que, si se pudiese convertir obligaciones con un valor nominal inferior al valor nominal de las acciones recibidas a cambio, se estaría transgrediendo

la prohibición del art. 47.2 conforme al cual “no podrán ser emitidas las acciones por una cifra inferior a su valor nominal”; y lo mismo ocurriría si se pudiesen emitir las obligaciones convertibles a valor inferior a su nominal.

Con el fin de dar efectividad al derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital que el art. 158.1 reconoce a los antiguos accionistas (ahora junto a los titulares de obligaciones convertibles en acciones), la doctrina venía propiciando la extensión de ese derecho también respecto de las emisiones de obligaciones convertibles en acciones. Y es que, a través de la emisión de tales obligaciones y su eventual conversión en acciones, se pueden producir los mismos fenómenos de alteración de la posición política y del contenido económico de los derechos de los antiguos accionistas que mediante cualquier otra forma que lleve a la modificación del capital social. De hecho, la práctica financiera, en mayor o menor medida, solía respetar esa exigencia de la equidad, aunque no viniese legalmente impuesta.

El art. 293.1 reconoce a los antiguos accionistas el derecho de suscripción preferente de las obligaciones convertibles que emita la sociedad, como impone el art. 29.6 de la Segunda Directiva de la CEE.

Aunque el nuevo texto de la LSA ofrece una concepción más flexible del derecho de suscripción preferente de los accionistas respecto de los aumentos de capital y su art. 159 permite excluirlo en determinadas condiciones, era necesario reconocer y configurar legalmente su aplicación a las emisiones de obligaciones convertibles en acciones. De ese modo se evita que, mediante emisiones de obligaciones convertibles en acciones que no reconozcan el derecho a su suscripción preferente a los antiguos accionistas o que lo restrinjan indebidamente (limitándolo a parte de la emisión, reduciendo el período de ejercicio, declarándolo intransferible, etc.), se pudiese eludir por vía indirecta el derecho de suscripción preferente de los antiguos accionistas en los aumentos de capital.

Por otra parte, como quiera que el art. 158.1 ha reconocido a los titulares de obligaciones convertibles en acciones, al igual y junto a los antiguos accionistas de la sociedad emisora, el derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital que la misma acuerde, en paralelo, también igual y junto a dichos antiguos accionistas, el art. 293.2 les ha reconocido el derecho de suscripción preferente respecto de las nuevas obligaciones convertibles en acciones que emita.

Con el reconocimiento a los titulares de obligaciones convertibles del derecho de suscripción preferente, tanto respecto de las acciones, cuanto de

las obligaciones convertibles que se emitan con posterioridad, se trata de proteger el contenido económico de su derecho de conversión, que hasta ahora venía protegiéndose en la práctica financiera mediante las denominadas cláusulas “antidilución”.

Finalmente, a este respecto, el art. 293.3 establece que al derecho de suscripción preferente de obligaciones convertibles resultará de aplicación lo dispuesto en el art. 158, remisión que implica la fijación de un plazo mínimo de un mes de publicación del anuncio de emisión en el BORME; la distribución proporcional entre antiguos accionistas y titulares de obligaciones convertibles; y el carácter transmisible de los derechos de suscripción preferente.

En cuanto al sistema de llevar a efecto la conversión, el art. 294.1 comienza por reconocer el carácter dispositivo del procedimiento que establece, al permitir que la Junta general de la sociedad pueda acordar otro procedimiento, aunque con la exigencia siempre de que, conforme al art. 294.2 señale el plazo máximo dentro del que pueda llevarse a efecto la conversión.

Frente a la interpretación que limita el alcance de este precepto a la fijación de los períodos de conversión, en el sentido de permitir a la sociedad fijar un procedimiento distinto del de la convertibilidad continua, a mi juicio el art. 294 es un precepto de carácter mucho más general, aplicable a cualquier modalidad de conversión de obligaciones en acciones y en todos y cada uno de sus extremos: el reconocimiento de la libertad para fijar cualquier aspecto del procedimiento; el establecimiento de un procedimiento supletorio para cuando nada se haya determinado al respecto; la exigencia de fijar un plazo máximo para la conversión; y los efectos que producirá la pendencia de dicho plazo.

Para los casos en que la Junta general no hubiere acordado otro procedimiento, el legislador ha optado como sistema supletorio por el procedimiento de conversión continua y facultativa para el titular de las obligaciones, que permite a los obligacionistas solicitar en cualquier momento la conversión. Con el fin de compaginar esa posibilidad de conversión en cualquier momento, con la necesidad de emitir las nuevas acciones correspondientes y formalizar el aumento de capital correspondiente, se determina que los administradores atenderán esas solicitudes de conversión por semestres, emitiendo durante el primer mes de cada semestre las acciones que correspondan a los obligacionistas que lo hayan solicitado durante el semestre anterior y procediendo durante el mes siguiente a inscribir en el Registro Mercantil el aumento de capital correspondiente a las acciones emitidas.

La actuación de los administradores prevista en este precepto constituye el simple desempeño de las funciones de ejecución de los acuerdos de emisión de las obligaciones convertibles y simultánea ampliación de capital en la medida necesaria y le es atribuida por imperativo legal. En consecuencia, parece que no resultará aplicable a su desarrollo ninguna limitación temporal, distinta de la que dimana del plazo establecido para que pueda llevarse a efecto la conversión.

Debe observarse que en la práctica financiera española, si bien la conversión como facultad del obligacionista se encuentra prácticamente generalizada, no ocurre igual con el procedimiento de conversión continua, sino que normalmente se fijan períodos concretos de conversión, por lo que habría sido más positivo que el precepto estableciese con carácter general límites temporales máximos entre la solicitud de conversión, la emisión de las acciones necesarias para atenderla y la formalización del aumento de capital consiguiente.

El art. 294.2 impone que en cualquier caso la Junta general determine el plazo máximo para que pueda llevarse a efecto la conversión, precisamente por los importantes efectos que producirá la pendencia de dicho plazo en la vida de la sociedad en cuyas acciones haya de efectuarse la conversión.

Y es que, como exponía HOUIN, los titulares de obligaciones convertibles, conservando su estatuto de obligacionistas-acreedores, son accionistas en potencia, cuyos eventuales derechos de accionistas se harán realidad a través de la conversión, pero ya desde antes tienen un cierto contenido económico que ha de ser tutelado, por normas legales o por las propias condiciones de la emisión, frente a actuaciones de la sociedad emisora que pudiera vaciarlo económicamente de contenido, ya sean aumentos de capital, con o sin nuevas aportaciones, reducciones de capital, fusiones, escisiones, etc.

Para evitar o equilibrar el posible vaciamiento o el injustificado incremento del contenido económico del derecho de conversión, como se ha indicado antes, la práctica financiera ha recurrido a diferentes fórmulas, algunas de las cuales han sido recogidas ahora por el legislador español. Así, el art. 294.2 determina que, si desde la emisión de obligaciones convertibles hasta el momento de la conversión, la sociedad emisora acuerda aumentar su capital con cargo a reservas o reducirlo por pérdidas, habrá que modificar el tipo de conversión o relación de cambio de las obligaciones por acciones, en proporción a la cuantía del aumento o de la reducción, de forma que afecte de igual manera a los accionistas y a los obligacionistas.

En los casos de aumento de capital con cargo a reservas, al aplicar esta especie de “cláusula antidilución” legalmente prevista, habrá que tener en cuenta la efectiva concesión o no a los obligacionistas del derecho de suscripción preferente que el art. 158.1 les reconoce con carácter general, pero que cabe legalmente excluir. De ahí que la aplicación de dicho mecanismo “antidilución” sea más necesario cuando se excluya tal derecho de suscripción preferente (aumento por elevación del nominal o aumentos en que quede excluido).

La sociedad emisora no podrá adoptar acuerdos de reducción de capital con restitución de aportaciones o condonación de dividendos pasivos a los accionistas mientras existan obligaciones convertibles en acciones en circulación, salvo que, con carácter previo y suficientes garantías, se ofrezca a los obligacionistas la posibilidad de realizar anticipadamente la conversión, según dispone el art. 294.3 de la LSA.

Esta técnica de anticipar la conversión para permitir al obligacionista participar en los efectos de la operación societaria ya como socio, ha sido criticada por alterar unilateralmente una de las condiciones más relevantes de la emisión y prestarse a maniobras de estimulación de esa conversión anticipada. Por otra parte, la doctrina ha venido señalando los especiales efectos que produce en los supuestos de emisiones con primas, de emisiones con premios o lotes, o incluso en los supuestos de obligaciones sujetas a prenda o a usufructo. Para evitar esos posibles inconvenientes, el precepto español exige que la anticipación de la conversión se haga con “suficientes garantías”.

Finalmente, hay que señalar que el legislador español no ha establecido previsiones específicas para la protección del derecho de conversión en relación con las operaciones de fusión o escisión que pudiese efectuar la sociedad, por lo que en esos casos los obligacionistas deberán acudir a la protección que, como tales obligacionistas y acreedores sociales, les brindan las normas generales y a la que, como socios potenciales, representan las previsiones sobre aumentos y reducciones de capital que acabamos de comentar.

Al pasar revista a las nuevas normas sobre sociedades anónimas, así, desde la perspectiva de la emisión de obligaciones, no puede menos de confirmarse, como al principio señalaba, la conveniencia de no cesar en el estudio de una revisión a fondo de todo el Derecho de Sociedades español, respecto de lo que es alentador que la Comisión General de Codificación haya emprendido esa tarea.

Pero también resulta deseable una regulación conjunta del fenómeno jurídico de la financiación mediante emisión de obligaciones u otros valores análogos, con independencia de quién sea su emisor, persona física o jurídica, cualquiera que sea su forma. En esa regulación cabrá ciertamente mejorar diferentes aspectos de la actual regulación, muy notoriamente el relativo a la emisión de las diferentes modalidades de obligaciones convertibles, pero, sobre todo, cabrá incrementar la claridad y con ello la seguridad jurídica, evitando la dispersión normativa que hoy a veces la hace naufragar.

ANIMUS INIURIANDI E INJURIAS

PROF. DR. JOAN J. QUERALT

TITULAR DE DERECHO PENAL UAB.
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Tradicionalmente, la doctrina penal española ⁽¹⁾ ha considerado, al igual que la jurisprudencia mayoritaria ⁽²⁾ que en el delito de injurias ⁽³⁾ el elemento subjetivo del tipo estaba integrado por el denominado animus iniuriandi. Esta concepción no es desde luego hoy tan pétrea y quizás no quepa calificarla de mayoritaria, al menos doctrinalmente ⁽⁴⁾. A diferencia de lo que sucede en El Derecho español, el alemán desconoce esta categoría específica y el delito de injurias se rige por los criterios comunes y ordinarios ⁽⁵⁾.

(1) Vid. GROIZARD, *El Código penal de 1870 comentado y concordado*, V, 1873, pp. 36 ss.; CÓRDOBA RODA, *Notas al Derecho Penal de R. Maurach*, 1962, pp. 372 ss.; el mismo, *Comentarios al Código penal*, 1972, pp. 248 s.; QUITANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal* vol. I, 1972 (2ª ed.), pp. 1.275 ss; BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal. Parte Especial*, 1987, p. 168; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 1988, (7ª ed.), p. 117; vid. otras referencias en ALONSO ÁLAMO, *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*, en ADPCP, 1981 (I), p. 145. Cfr., además, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad de expresión*, 1987, pp. 76 ss.

(2) Por ejemplo, SSTS 25.2.73, 3.6.1985, 2 y 25.6.1986, 17.11.1987, 31.1.1989.

(3) A los objetivos del presente trabajo se equiparan a las injurias los demás delitos contra el honor incluidos los desacatos.

(4) Vid. ALONSO ÁLAMO, *op.*, p. 151; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte Especial*, 1987 (10ª ed.), p. 238; QUERALT, *Derecho penal español. Parte Especial*, 1986, p. 232; BACIGALUPO, *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, en REDC (20), 1987, p. 88.

(5) Vid., sólo, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Ein Kommentar*, 1985 (22ª ed.), 185 n.m. 14; OTTO, *Grundkurs. Die einzelnen Delikte*, 1984 (2ª ed.), p. 108; RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1988, (4ª ed.), 185 n.m. 20 La doctrina se inclina, además, por exigir sólo dolo eventual.

El hecho de que en nuestra doctrina se haya planteado la diferencia de posiciones permite, e incluso obliga, a profundizar esta fisura.

En primer término, y aun dejando de lado la definición del concepto de honor ⁽⁶⁾ y partiendo más bien de su delimitación ⁽⁷⁾, habrá de indagarse por una razón que avale una formulación teórica y jurisprudencial que, desde luego, parece infrecuente en nuestro entorno cultural ⁽⁸⁾. ALONSO ha querido ver en la construcción del animus iniuriandi, aunque parcialmente, una delimitación del ámbito de lo punible en materia de delitos contra el honor ⁽⁹⁾ al hacer inútil la exceptio veritatis ⁽¹⁰⁾.

Como esta autora reconoce, la ausencia de dicho elemento subjetivo no se produce siempre por la concurrencia de otros animi específicos (el de informar, el de criticar, el de bromear, por ejemplo) ya sea por la valoración objetiva de las expresiones proferidas, de la que se presume necesariamente el animus iniuriandi ⁽¹¹⁾, ya sea por la imposibilidad en el caso concreto de considerar desplazado el tal animus por otro penalmente irrelevante ⁽¹²⁾.

2. A esta concepción tradicional me opuse en su día ⁽¹³⁾ y, posteriormente, hizo lo mismo BACIGALUPO ⁽¹⁴⁾. VIVES, por su parte, si bien

(6) Vid. el sugestivo trabajo de BERDUGO, *Revisión del contenido del bien jurídico honor*, en ADPCP, 1984 (III), p. 313, siguiendo el concepto relacional de bien jurídico propuesto, entre nosotros, por MIR (*Introducción a las bases del Derecho penal* 1976, pp. 134 ss, 139 ss; el mismo, *Objeto de delito* en NEJ, XVII, 1982, pp. 768 ss.; el mismo, *Derecho penal. Parte General*, 1985 (2ª ed.) pp. 103 22). Pese a lo difuso del bien jurídico honor, su concepción relacional y superadora de la noción de dignidad humana, que por ser intangible resulta poco operativa en este terreno, permite considerarlo como la cualidad moral que posibilita a la persona su relación en sociedad (vid. QUERALT, *op. cit.*, p. 217).

(7) Así, BAJO, *Protección del honor y de la intimidad*, en *Comentarios a la legislación penal* (COBO DEL ROSAL ed.), I, 1982, p. 124, afirma: "La preocupación del jurista no debe ser tanto el logro de un concepto mejor elaborado, dado que estamos frente a un concepto prejurídico de muy amplios límites, cuanto determinar los límites de la protección jurídica del honor".

(8) Vid. ALONSO ÁLAMO, *op. cit.*, pp. 145 ss. (derecho italiano), pp. 149 s. (derecho alemán).

(9) Cfr. ALONSO, *op. cit.*, pp. 145 y 151, donde la existencia del animus iniuriandi no cubre todos los problemas de punibilidad e impunidad en las injurias.

(10) Vid. la misma, *op. cit.*, p. 145; GARCÍA PABLOS, *El Derecho penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y de la intimidad*, en *Estudios penales*, 1986, pp. 383 s., 400.

(11) Y no sólo por las palabras utilizadas; por ej. SS 25.2.1985, 17.11.1987. Este criterio, en principio, no es compatible; habrá que distinguir en primer lugar entre libertad de información (hechos) y libertad de expresión (opiniones, juicios de valor) y, por tanto acudir a los criterios de veracidad ex ante y de necesidad, respectivamente; así; BACIGALUPO, *op. cit.*, pp. 94 y 97; igualmente, SSTC 159 y 168/1986, 6 y 107/1988 y Sentencia del TEDH 8.7.1986 (caso Lingens).

(12) Vid. QUINTANO, *op. cit.*, pp. 1.290 ss (1.293); MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 117; VIVES, en *Derecho Penal, Parte especial*, (Vives coord.), 1988, p. 684.

(13) Vid. QUERALT, *op. cit.*, p. 232.

(14) Cfr. BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 88.

mantiene la intencionalidad de la acción, sostiene que el animus iniuriandi “no exige que la meta final del que actúa sea causa la deshonra de otro, sino que basta con que conozca el potencial lesivo para el honor de la expresión proferida o acción ejecutada y que se acepte tal lesión” ⁽¹⁵⁾.

3. A todos estos planteamientos ha venido a sumarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, en su sentencia 107/88, f.j.2, figuran los dos pasajes que se transcriben a continuación. Así,

“El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que infiere en este derecho lesión penalmente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues en tales supuestos se produce un conflicto entre derechos fundamentales, cuya dimensión constitucional convierte en insuficiente el criterio subjetivo del animus injuriandi tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos, pues este criterio se ha asentado hasta ahora en la convicción de la prevalencia absoluta del derecho al honor”. Y “esta situación de valor superior o de eficacia irradiante que constitucionalmente ostentan las referidas libertades, traslada el conflicto debatido a un distinto plano, pues no se trata ya de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión, penalmente sancionada, del derecho al honor, para lo cual continúa siendo inevitable la utilización del criterio del animus injuriandi, sino de determinar si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales actúan o no como causa excluyente de la antijuridicidad”.

De lo transcrito se infieren dos cuestiones, a saber, la insuficiencia del planteamiento tradicional ⁽¹⁶⁾ para amparar las libertades de expresión e información ⁽¹⁷⁾, y el mantenimiento del animus iniuriandi como elemento subjetivo del injusto para los delitos de injurias ⁽¹⁸⁾. Lo que no dice, sin embargo, la citada sentencia constitucional es qué haya de entender por animus iniuriandi; ni lo dice, ni quizás sea función suya el hacerlo.

(15) Vid. VIVES, *op. cit.*, p. 684.

(16) En efecto, el honor debe ceder en no pocas ocasiones ante las libertades de opinión y de expresión, pues éstas no están jarrarquizadas a aquél; vid. GARCÍA PABLOS, *op. cit.*, BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 89; BERDUGO, *Honor cit.*, p. 55. Vid., además, la insuficiencia constitucional del animus iniuriandi en las SSTC 51/1989, 20/1990.

(17) A diferencia del derecho alemán (art. 5 GG), el texto constitucional español consagra dos libertades: la de expresión y la de información: art. 20, incisos 1.a) y 1.d), respectivamente; cfr. art. 10 CEDH y la reciente STC 20/1990.

(18) Cfr. ahora, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 117.

4. La pregunta que queda formulada es la siguiente: qué es el *animus iniuriandi*, o, mejor dicho, cuál es su *función* en el delito de injurias. Como es lógico, la mera traducción de la locución latina nada nuevo añade a nuestro conocimiento. Lo que interesa es, pues, saber qué función cumple dicho ánimo en la teoría del delito y concretamente en la parcela de los elementos subjetivos del injusto.

La función que tradicionalmente se le ha asignado⁽¹⁹⁾ es la de constituir un plus añadido al dolo, al que debe en todo momento acompañar para que la conducta ofensiva pueda ser calificada de típicamente injuriosa. Sin embargo, si se acepta la definición convencional del dolo como querer y conocer los elementos del tipo⁽²⁰⁾, no se entiende cómo se puede querer y conocer los elementos del tipo de injuria (la expresión y su relevancia) y al mismo tiempo no querer (o consentir en) la ofensa del afectado por la acción. Se podría contraargumentar en el sentido de que, puede consentirse en dicha ofensa, o incluso buscarla desafortadamente, pero que puede concurrir otro elemento subjetivo del injusto que lo desplaza, así, el *animus criticandi*, por ejemplo.

Sin embargo, esta construcción peca de un excesivo psicologismo. Desde mi punto de vista, como he intentado demostrar en otro lugar⁽²¹⁾, el *animus iniuriandi* no es más que la coloración que el todo adquiere en el delito de injurias, al igual que el *necandi* en el homicidio o el *nocendi* en las lesiones. No se trata más que del, ahora prácticamente en desuso por la jurisprudencia, dolo específico, que no era en el fondo más que la concreción en el delito de autos de la estructura general y abstracta del dolo⁽²²⁾.

(19) Con lo que se conseguía impedir el castigo de las llamadas injurias imprudentes (vid. QUINTANO, *op. cit.*, p. 1.269; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 117; críticamente RODRÍGUEZ DE VESA, *op. cit.*, p. 238); ello no ha impedido que en alguna ocasión (STS 16.6.1969) se produjera el castigo de tal modalidad típica. La imprudencia en las injurias está excluida por la configuración intencional del delito; es inimaginable que se injurie a alguien por negligencia (vid. QUERALT, *op. cit.*, p. 233); no parece suficiente basar la existencia del *animus iniuriandi*, en tanto que el elemento subjetivo del injusto diferente del dolo, en la palabra “en” (así, CÓRDOBA, *Notas cit.*, p. 373; el mismo, *Comentarios cit.*, p. 248 s.; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 117); puede dicha preposición (con la locución en la que se inserta) ser interpretada desde otra perspectiva; así RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Derecho penal de E. MEZGER*², 1946, I. p. 337 s. Con todo, la jurisprudencia más reciente —supra n. 2— no considera el *animus iniuriandi* como un elemento subjetivo añadido al dolo.

(20) Vid. MIR, *Derecho penal cit.*, p. 197; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español*, 1985, pp. 25, 39. Sin embargo, en esa definición convencional no cabe la del dolo eventual, modalidad de dolo que, como señala la doctrina alemana (supra n. 5) puede ser relevante en esta materia (vid. QUERALT, *op. cit.*, p. 232).

(21) Vid. el mismo, *loc. cit.*.

(22) Vid. con toda claridad STS 17.11.1985.

5. El planteamiento aquí sustentado es coherente con una noción del bien jurídico honor que no sea una concepción fáctica y sí, en cambio, una normativa ⁽²³⁾. Esa normatividad es el juicio de valor que socialmente se tiene sobre una persona y es lo que le permite participar en la vida social ⁽²⁴⁾. Parece hoy claro, por encima de disputas terminológicas, que la autoestima (elemento meramente fáctico) no es el objeto de protección en los delitos contra el honor ⁽²⁵⁾; ni que la dignidad de la persona, constitucionalmente reconocida, agote por sí misma el campo de protección del honor ⁽²⁶⁾ y ello con independencia de la socialización en materia de reconocimiento honorífico, pues no pueden efectuarse diferencias estamentales entre las personas en virtud de diferentes atribuciones valorativas ⁽²⁷⁾. De una u otra forma el honor tiene un ámbito social irreducible y que constituye la condición de su protección jurídica, tanto penal como civil.

Desde esta perspectiva parece conveniente rechazar el animus iniuriandi como categoría diversa del dolo en el delito de injurias. En efecto, es difícilmente imaginable un ataque contra dicho bien en el que el autor no se represente la lesión del mismo. Lo que puede suceder, siempre calificando el dolo como animus iniuriandi, es que el animus criticandi u otro de índole similar sea el que integre, pero no acompañe, el llamado elemento subjetivo de justificación ⁽²⁸⁾, en cuanto conocimiento del autor de obrar al amparo de una causa de exclusión de la antijuridicidad ⁽²⁹⁾: la veracidad de la información o la necesidad o legitimidad de la expresión.

6. Vistas así las cosas, la solución estructural, que es la que interesa y compete a la teoría del delito, para el tipo de injurias y su justificación es la misma que la del tipo de homicidio y la legítima defensa o el tipo de detenciones ilegales y el ejercicio del cargo, por ejemplo. En los supuestos aludidos, poco importa para que se produzca la justificación de la muerte del agresor si el actuante ha obrado guiado sólo por el ánimo de hacer prevalecer el orden

(23) Cfr. ENGISCH, *Bemerkungen über Normativität und Faktizität im Ehrbegriff*, en *Lange-Festschrift*, 1976, pp. 402, 416 ss.; BERDUGO, *Revisión cit.*, pp. 3.068; OTTO, *op. cit.*, p. 103. LENCKNER, en SCHRÖNKE/SCHRÖDER *cit.* § 185 n.m. 1; QUERALT, *op. cit.*, p. 217. RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar cit.*, introducción al § 185 n.m. 1; VIVES, *op. cit.*, p. 666 ss.

(24) Cfr. BERDUGO, *Revisión cit.*, pp. 313. GARCÍA PABLOS, *op. cit.*, p. 396; QUERALT, *op. cit.*, p. 217.

(25) Cfr. VIVES, *op. cit.*, p. 662.

(26) Cfr., en contra, el mismo, *op. cit.*, p. 667.

(27) Vid. GARCÍA PABLOS, *op. cit.*, p. 384 ss.

(28) Cfr. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 177, que mantiene también la posición del texto.

(29) Cfr. MIR, *Derecho penal cit.*, p. 359.

jurídico ante su conculcación, por celos, por venganza o por miedo; poco importa que quien practique una detención, conociendo que existe causa legal para ello, se vea guiado por el resentimiento. Dado que, de ordinario, las motivaciones de los seres humanos son pluriformes, de no estimar conforme con el ordenamiento jurídico y, por lo mismo, como prevalente la que es típicamente cobertora del actuar cuestionado, no habría en la práctica posibilidad de proceder a justificar lesión alguna.

Desde esta perspectiva normativa del honor, que es la que parece casar con los arts. 18 y 20 CE, no resulta conforme la desembración del elemento subjetivo del delito tal como es habitual en nuestra doctrina. La presencia de otro ánimo lícito supone únicamente, no el desplazamiento de aquél, sino la conciencia del elemento subjetivo de justificación, que también se colora con la denominación que se le dé, pero sin integrar un nuevo elemento subjetivo de justificación.

7. Esta propuesta tiene como *consecuencia práctica* el que de no concurrir el elemento subjetivo de justificación pueda darse alguna de las tres posturas que la doctrina presenta ante ese hecho: que, como los finalistas ortodoxos, se considere que el delito está consumado, que se considere que estamos ante una tentativa, o que sea de aplicación la eximente incompleta, es decir, el artículo 9, 1ª CP en relación con el artículo 8, 11º CP ⁽³⁰⁾. Ya en otro lugar me he inclinado por aceptar esta última posición ⁽³¹⁾, siguiendo la propuesta de MIR ⁽³¹⁾. El que esta solución —o alguna de las otras dos rechazadas— tenga aplicación práctica es algo que dependerá de cómo se desarrolle el hecho concreto; el que, dada la espiritualidad del delito de injurias y de su causa de justificación, resulte poco pausable que, alguien quien tenga de su lado una causa de justificación, lo desconozca —no menos pausable que para otros supuestos—, no empece la corrección dogmática de la propuesta.

(30) Vid. MIR PUIG., *Derecho penal cit.*, p. 360; BACIGALUPO, *Principios cit.*, p. 87, propone la tentativa inidónea como solución.

(31) Cfr. QUERALT, *La obediencia debida. Análisis de una causa de justificación*, 1986, p. 444.

(32) Cfr. MIR, *Derecho penal cit.*, p. 360. A esta solución ha de llegarse en derecho español por la existencia del art. 9. 1ª CP, aunque, dogmáticamente, la construcción de la tentativa (inidónea) sea la correcta.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LEY DE AGUAS

ADOLFO JIMÉNEZ JAÉN

ABOGADO

El Tribunal Constitucional ha dictado recientemente dos sentencias acerca de la legislación de Aguas de Canarias: la primera declarando perfectamente constitucional la Ley de Aguas aprobada durante la anterior legislatura; la segunda declarando inconstitucional y contrario a los más elementales principios del Estado de Derecho “aplazamiento a término” que el actual Parlamento hizo de aquella norma. Estos comentarios se refieren principalmente a la primera de las sentencias, de fecha 7 de febrero de 1990. (BOE de 1 de marzo).

I. LA SENTENCIA DE LA LEY DE AGUAS DE CANARIAS

El 5 de mayo de 1987 se aprobó por el Parlamento de Canarias la Ley de Aguas de Canarias, Ley 10/87, de 5 de mayo, con los votos favorables del Grupo socialista (27 escaños), y algunos componentes del grupo mixto: Partido Comunista (1); Partido de la Revolución Canaria (1); Asamblea Majorera (3). Esta Ley fue recurrida por 55 miembros del Grupo Popular del Congreso, y sobre este recurso ha recaído la Sentencia número 17 de 7 de febrero de 1990.

Los principales argumentos del recurso eran los siguientes:

1.— La Comunidad Autónoma es incompetente para regular las aguas en Canarias ya que la Ley Orgánica de Transferencias a Canarias (LOTRACA) está viciada de inconstitucionalidad.

2.— Canarias carece de competencias para declarar las aguas de dominio público autonómico, ya que tal competencia corresponde en exclusiva al Estado, por lo que al no haber reconocido la Ley impugnada esa titularidad, y contener la declaración implícita de las aguas continentales canarias como de dominio público autonómico, resulta infringido el sistema de distribución de competencias.

3.— La opción de transformación que la Disposición Adicional cuarta realiza de los derechos de los titulares de aguas privadas es un ataque frontal a los derechos reconocidos por el artículo 33 de la Constitución, y a los principios consagrados en el artículo 9.3 del mismo texto, ya que los particulares se ven obligados a optar de manera expresa, en el plazo de dos años, con diversas consecuencias según la opción que elijan. De todos modos, sea cual sea esa opción, esta disposición viola la Constitución en dos puntos principalmente:

a) Por un lado se priva de sus derechos a los titulares de aguas no alumbradas o que aun alumbradas, no se encuentren en efectiva explotación. Téngase en cuenta —dicen los recurrentes— que esos derechos cuya privación sin indemnización opera la disposición que se impugna, no son meras expectativas, sino que constituyen auténticos derechos o facultades integrantes del haz en que consiste la propiedad.

b) Por otro lado, a los titulares de aguas privadas que opten por mantener su derecho se les priva del derecho de realizar obras o alterar el régimen de su aprovechamiento. Esta disposición, por sí misma inconstitucional, choca además con lo dispuesto en la Ley estatal en este mismo aspecto que no prohíbe —siempre según los recurrentes— este derecho a los que estén en la misma situación que los canarios.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, en la primera de las Sentencias que comentamos (Sentencia 17/90, de 7 de febrero) viene a rechazar todos los argumentos de los recurrentes dejando claros dos aspectos importantes: en primer lugar, que el Parlamento Canario ejerció correctamente sus competencias; y en segundo lugar, que la Ley de Aguas no vulneró los derechos adquiridos de los particulares.

1.— El Parlamento de Canarias ejerció de manera correcta sus competencias.

En primer lugar, la sentencia trata de la impugnación que hacen los recurrentes de la Ley Orgánica de Transferencias a Canarias (LOTRACA). A este respecto el Tribunal afirma que “el Estado ha transferido a la Comunidad Autónoma Canaria, mediante la correspondiente Ley Orgánica, una Competencia que, siendo de titularidad estatal, por su propia naturaleza ninguna duda plantea en su efectiva transferencia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 150.2 de la Constitución”.

En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que la Comunidad Autónoma, al dictar la Ley 10/87, de 5 de mayo, ejerció de manera correcta sus competencias, sin hacer dejación de las mismas y sin entregar al Estado ninguna competencia que a éste no le correspondiera. La conclusión que hay que sacar de la sentencia es que el deslinde competencial que hacía la Ley era correcto.

La Sentencia 17/1990, de 7 de febrero, sobre la Ley de Aguas de Canarias reitera lo que ya había señalado en otra sentencia, de 29 de noviembre de 1988: que la competencia para declarar de dominio público las aguas de Canarias es del Estado.

Los recurrentes imputaban que la Ley 10/87 había declarado de dominio público las aguas del archipiélago y por lo tanto había invadido una competencia estatal. Sin embargo una correcta interpretación de los artículos 1.1 y 2.1 dicha Ley, nos lleva a la conclusión contraria, en el sentido de que dichos preceptos no declaran de dominio público las aguas del archipiélago, sino simplemente parten de la declaración previamente realizada por la Ley estatal. De esta forma, y contrariamente a lo afirmado por un sector de la doctrina, no es competencia de Canarias el declarar o no de dominio público las aguas del archipiélago. El Tribunal declara que si tal hubiera hecho la Ley canaria

“habría que concluir apreciando la inconstitucionalidad de dichos artículos por incompetencia de la Comunidad Autónoma Canaria. Es indudable, sin embargo, que la Ley estatal de Aguas no ha excepcionado a las aguas continentales del archipiélago canario de la declaración de bienes integrantes del dominio público hidráulico estatal, por lo que no cabe imputar a la Ley autonómica una demanialización que el Estado ha hecho previamente”.

Finalmente hay que señalar que, en la actualidad, todas las aguas del Estado han sido declaradas de dominio público estatal por la Ley de Aguas nacional, haciendo el Estado en este punto un correcto uso de las competencias que tiene otorgadas y no invadiendo competencia alguna de la Comunidad Autónoma de Canarias. Antes al contrario, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que

“sólo el legislador estatal puede disponer, como condición básica que garantiza la igualdad sustancial, la determinación de las categorías de bienes naturales que quedan excluidas del tráfico privado (...) no cabe duda que la regulación de la clasificación primaria de los bienes en susceptibles o no de dominio privado constituye parte de la legislación civil”. (St. de 29 de noviembre de 1988).

Declaradas de dominio público las aguas de todo el Estado, no pueden ya existir aguas privadas, salvo aquellas que transitoriamente, la Ley de Aguas permite que subsistan durante un número limitado de años, pero no, desde luego, de manera indefinida.

2.— La Ley de Aguas de Canarias no vulnera los derechos de los particulares.

La pretendida vulneración de los derechos preexistentes vendría por la opción que la Disposición transitoria cuarta hace a los titulares de derechos sobre aprovechamientos declarados privados por la legislación anterior, de tal manera que o bien se inscriben en el registro de Aguas, transformando su derecho en una concesión administrativa, o bien continúan como aprovechamientos de aguas privadas, manteniendo sus derechos, pero sin que cuenten con la protección del registro, ni puedan realizar obras, ni modificar el régimen del aprovechamiento, ni aumentar su caudal, sin obtener una concesión ordinaria que ampare la totalidad de la explotación.

Los recurrentes afirmaban que esta disposición suponía una privación de los derechos a los titulares de aguas no alumbradas o que, alumbradas no se encuentren en efectiva explotación. A este respecto parece oportuno realizar dos matizaciones.

En primer lugar, es importante señalar que el Tribunal Constitucional deja aclarado de forma definitiva que la legislación de Aguas, tanto la estatal como la autonómica, no vulnera los derechos adquiridos por los particulares. Ya en su sentencia 27/81, de 20 de junio establecía que:

“Desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir de cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión derechos adquiridos y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no de modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el Título primero de la Constitución”.

También en la Sentencia que resolvió los recursos contra la Ley de Aguas Nacional se declaró con referencia a la llamada Propiedad privada de las Aguas del régimen civilista anterior, que

“según la legislación derogada por la Ley de Aguas ahora impugnada, el ‘dominio privado’ sobre determinadas aguas superficiales se limitaba a una facultad de apropiación o de aprovechamiento privativo preferente, accesorio a la propiedad del predio en que nacen, de las aguas efectivamente utilizadas mientras discurren por sus cauces naturales en ese mismo predio, si bien este derecho o facultad cede ante los derechos consolidados por el tiempo de otros particulares sobre las aguas que el dueño de aquel predio no haya aprovechado o cuyo aprovechamiento interrumpa”.

Por lo tanto, cabe concluir que ni siquiera en el Derecho anterior la propiedad de las aguas era total y absoluta, y además se refería sólo a las aguas *efectivamente utilizadas*, y no, desde luego, al resto. Es decir, no existía propiedad de las aguas no alumbradas, sino que dicha propiedad se limitaba a las aguas alumbradas y efectivamente utilizadas. En este sentido la sentencia que comentamos señala:

“es incuestionable que la Disposición transitoria cuarta no ha privado inconstitucionalmente de ningún derecho a alumbrar aguas subterráneas, siempre que se dispusiera a la entrada en vigor de la Ley del correspondiente título que autorizaba la realización de las correspondientes obras, lo que a la inversa significa que, dada la ausencia de autorizaciones para llevar a cabo las obras de alumbramiento de aguas por medio de socavones, galerías o pozos, difícilmente cabe imputar a la Ley el haber provocado una privación de derechos a los titulares de aguas no alumbradas, porque, sencillamente, esos derechos no existían”.

En segundo lugar, pretenden los recurrentes la declaración de inconstitucionalidad del apartado 2 de esta Disposición transitoria en cuanto prohíbe la realización de obras sin que previamente se obtenga una concesión que ampare la totalidad de la explotación. Inconstitucionalidad además, porque la Ley estatal, se dice en el recurso, no prohíbe las obras sino sólo el incremento de los caudales o la modificación de las condiciones de la explotación, por lo que el legislador canario se habría excedido al prohibir también todo tipo de obras.

Para el Tribunal Constitucional, no existe la contradicción señalada por los recurrentes ya que la Ley estatal al prohibir la modificación del régimen del aprovechamiento, está prohibiendo también la realización de obras por cuanto las mismas inciden en las condiciones o régimen del aprovechamiento. Y con referencia a la limitación impuesta para el incremento de los caudales, el Tribunal reitera su doctrina de la sentencia de 29 de noviembre de 1988, en el sentido de que

“esta congelación del sustrato material de derechos consolidados con anterioridad, no implica en modo alguno expropiación parcial de los mismos, pues con ello sólo quedan afectadas las simples expectativas de caudales superiores que eventualmente podrían obtenerse”.

En definitiva el derecho de opción ofrecido a los propietarios de derechos consolidados excluye cualquier expropiación, así como cualquier vulneración de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad reconocidos en el artículo 9 de la Constitución.

II. LA SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1990 SOBRE LA SUSPENSIÓN A TÉRMINO DE LA LEY DE AGUAS.

La Ley de Aguas de Canarias fue suspendida a término, como ya hemos señalado, por la Ley 14/87, de 29 de diciembre, aprobada el 29 de diciembre de 1989 con los votos favorables del grupo centrista (13), grupo parlamentario de los independientes de Canarias (11), grupo parlamentario popular (6), y del grupo mixto, el representante de la Agrupación Herreña Independiente (1), siendo recurrida por el Gobierno estatal, habiendo dictado el Tribunal Constitucional sentencia el 15 de marzo de 1990.

La Ley 14/87 trataba de impedir la entrada en vigor de los preceptos de la Ley de Aguas estatal que definían el dominio público, mediante la técnica de suspender la entrada en vigor de la Ley 10/87. Según el Abogado del Estado que presentó el recurso, lo que se pretendía era suspender la vigencia de un precepto dictado por las Cortes Generales dentro de la esfera de competencia que le asigna la Constitución.

En definitiva, esta Ley supone, en opinión del Abogado recurrente, una vulneración del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, ya que la certeza y confianza en el derecho impide que se pretenda por una *Lex posterior* regular una situación como si la *Lex prior* no hubiera existido, es decir, con una privación retroactiva absoluta de la eficacia constitutiva de la norma anterior; privación tan absoluta que pretende lograr una situación igual a la que se habría producido si nunca se hubiera dictado la *Lex prior*.

Según el Tribunal Constitucional, efectivamente la Ley 14/87 trató de incorporar un efecto jurídico fundamental que se proyectaría en la efectividad misma de la Disposición Adicional tercera de la Ley estatal de Aguas, incurriendo en inconstitucionalidad al vulnerar el principio de seguridad jurídica, declarando la sentencia que:

“Incorre en inconstitucionalidad porque el legislador canario, mediante esta técnica legislativa, ha infringido el principio de sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1), ha tratado de impedir la eficacia de las disposiciones sobre la materia y ha infringido el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3)”.

“Mediante esta *censurable* técnica legislativa el Parlamento canario ha excedido los límites de su potestad legislativa al lesagnar con una pretendida fuerza normativa superior a la que le corresponde, ya que nunca un legislador autonómico puede disponer nada acerca del ámbito legislativo propio del legislador estatal, ni puede decir nada sobre el momento de entrada en vigor de la leyes del Estado”.

Finalmente señalar que en esta sentencia se confirma por tercera vez por parte del Tribunal Constitucional la legitimidad de la declaración de la demanialidad de las aguas de Canarias realizada por el legislador estatal (las otras dos veces que el Tribunal ha confirmado la constitucionalidad de la

declaración de dominio público de las aguas de Canarias en la St. de 29 de noviembre de 1988, y la que aquí comentamos de 7 de febrero de 1990).

CONCLUSIÓN

De todo lo anterior se concluye que la declaración de dominio público de las aguas subterráneas, y su regulación por la Ley 10/87, de 5 de mayo, era perfectamente constitucional, no vulneraba derechos adquiridos, y no suponía merma de las competencias que la Comunidad Autónoma tiene en materia de aguas.

El respeto a los derechos adquiridos de los particulares era absoluto. Como la propia sentencia del Tribunal Constitucional declara, la Ley de Aguas de Canarias no vulneraba tales derechos, sino que los acomodaba al nuevo régimen jurídico, sobre la base de la voluntariedad.

En definitiva, la Ley 10/87 regulaba de manera correcta las aguas en Canarias.

REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DESDE LA PRAXIS DEL JUZGADO

ANTONIO MORENO ANDRADE

MAGISTRADO-JUEZ DECANO DE LOS JUZGADOS DE
1.ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN DE SEVILLA

ÍNDICE

RAZÓN DE LA REFORMA

CRÍTICAS GENERALES

EN EL JUZGADO DE GUARDIA

LA DROGA, LA REFORMA PENDIENTE

POLÍTICA PENITENCIARIA

A MODO DE CONCLUSIONES

Asistimos a momentos decisivos en la aventura de la Justicia. Y como todo inicio de cambio, lo hacemos con esperanza y preocupación. Esperanza que nos libere de la angustiosa sensación de ser meras piezas de un engranaje lento y socialmente insatisfactorio; y preocupación, porque sean los hitos del cambio los adecuados, en su entidad y en su cadencia.

Con todo, es lo cierto que desde la vigencia de nuestro texto constitucional, la mera lectura de su Título VI nos llevaba a vislumbrar un nuevo orden, una concepción de la Justicia que rompía amarras de su trazado tradicional y pretendía dotarse de modernidad y eficacia.

El planteamiento era subyugante, pues el mandato del artículo 122 nos situaba en la espera de una Ley Orgánica que habría de describir un marco nuevo y distinto, un diseño que nos acercara a modelos foráneos entendidos como más justos.

Era una aventura fascinante y delicada, pues la proclamación de los derechos a tutelar conforme al título I era tan ambiciosa como difícil. En su lectura encontramos metas como la dignidad de las personas, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, el derecho a la vida, a la libertad, al honor... el derecho a la tutela de los jueces, a la defensa, a la presunción de inocencia... derechos cuyo reconocimiento, respeto y protección habrían de informar la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, según ordena el artículo 53.

En su cumplimiento, la L.O. 6/85, de 1 de julio, vino a reglar el gobierno de lo judicial, estableciendo, con grandes dosis de precipitación y confusión, el que sería, el que será el diseño de la arquitectura organizativa judicial.

La reforma de la Justicia se antojaba inexorable en la búsqueda de un instrumento más ágil y justo y un inevitable acomodo a los sistemas europeos, a cuya Comunidad nos acercábamos paralelamente.

Todos los órdenes jurisdiccionales habrían de modificarse; también el gobierno de los jueces y la relación de éstos con la sociedad que habían de tutelar.

Quizás en ninguno haya sido el cambio tan sensible como en el orden penal. De una parte, por cuanto inevitablemente las sucesivas reformas del procedimiento habían creado la conciencia de la necesidad unificadora de un nuevo tratamiento. De otra, porque la sensibilidad social comenzaba a clamar por la actualización del texto punitivo, desechando de su catálogo conductas

escasamente antisociales e integrando nuevas tipificaciones de actos humanos contrarios a la convivencia y a la conciencia comunitaria.

De alguna forma, la concepción clásica de que el Derecho penal es el código moral de un pueblo, es plenamente válida en nuestros días, pues son reglas de comportamiento ético —individual o colectivo— las que van marcando las reglas del juego del control social que supone el Derecho penal.

De la evolución de su tratamiento destacan dos conclusiones fundamentales: de una parte la consideración, aquilatada en la doctrina mundial, de que Derecho penal es la última ratio, el último recurso del reproche social. De otra, que no puede deslindarse, en su dimensión de arma de defensa social, el Derecho penal sustantivo del armazón instrumental de que se valga el Estado para actuarlo. De suerte, que el Derecho penal será siempre insuficiente si el cauce procesal que lo actúa resulta insuficiente por falta de garantías o de celeridad.

Siempre que se aborde el estudio de una reforma legislativa ha de partirse de la ratio essendi de su dictado. El panorama jurídico-penal español, con independencia de la necesidad de actualización de sus tipologías, aparecía como insuficiente por su lentitud, por falta de garantías constitucionales y, porque consecuentemente, presentaba alarmantes síntomas de un automatismo casi aritmético en la configuración de la relación delito-delincuente-pena, que le privaba de la servidumbre y la grandeza de ahondar sossegadamente en el alma del delincuente, en su origen, su motivación, su entorno y en su futuro de reinserción social.

En este plano, en 1980 se publica una L.O. que vino a ofrecer una nueva regulación procesal a determinado tipo de delitos, cuya proliferación había contribuido a acentuar un clima de inseguridad ciudadana, situándose su núcleo cenital en la presencia de la droga junto a otros factores de marginación en gran parte de la juventud. Ciertamente el Procedimiento Especial de Urgencia constituyó un instrumento de excepcional utilidad y rapidez para el enjuiciamiento de los delitos para cuya represión venía concebido.

Mas desde su inicio, y aún antes, a propósito de la regulación de los procedimientos de urgencia en la Ley de Enjuiciamiento criminal, la doctrina y la práctica judicial venían advirtiendo el enorme peligro de prejudicialidad que suponía un proceso en el que el órgano instructor dictara sentencia, pese a que sería injusto negarle las ventajas que paradójicamente este mismo hecho ofrecía.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de junio de 1988 vino a convulsionar la praxis judicial y desencadenó la reforma procesal, a la que se otorgó una irreflexiva precipitación que puso a los tribunales unipersonales en una difícil coyuntura y cuyas perturbadoras consecuencias aún se sufren cuando nos situamos en los umbrales de ese nuevo marco arquitectónico que dentro de dos meses iniciaremos.

La publicación de la L.O. 7/88, de creación de los juzgados de lo penal y modificación de la L.E.Cr. y la L.O. 3/89, de reforma del Código penal son los dos basamentos en que ha de apoyarse la andadura que antes decía que con esperanza e inquietud nos aprestamos a iniciar.

Y sé, habrán perdonado esta incursión por las normas procesales, mas entiendo imprescindible para regular el mundo del Derecho penal una adecuación, un ensamblaje perfecto entre el Derecho sustantivo y el procedimiento para que uno y otro sean instrumentos adecuados para la justificación eficaz y satisfactoria que pretendemos.

RAZÓN DE LA REFORMA

La L.O. 3/89, de 21 de junio, de actualización del Código penal, se presenta con la credencial de provisionalidad, proclamada tres meses después de su publicación por el Fiscal General del Estado en la Apertura del año judicial en curso.

Con esta premisa, su valoración debe estar siempre mediatizada por la certeza de la preparación de un texto punitivo que se anuncia como el Código penal de la Democracia.

Destaca el Preámbulo como principio capital informador el de intervención mínima, según el cual el aparato punitivo del Estado reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no pueden ser tratadas adecuadamente más que con el recurso de la pena.

Justifica la primacía de tal principio en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden.

Dice MIR PUIG que si el Derecho penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil por ser incapaz de servir para evitar delitos.

Esto es, el Derecho penal deja de ser necesario para la protección comunitaria cuando ésta pueda conseguirse por otros medios, siempre preferibles por menos traumáticos y lesivos a los derechos individuales.

Este permanente discurso de la despenalización de las conductas es una preocupación que arranca de principios de siglo y concretamente desde que VON LISZT publicó en 1919 su LEHRBUCH. Desde entonces, y sobre todo en la década de los sesenta, en que se formula por expertos del CONSEJO DE EUROPA el RAPPORT SUR DECRIMINALIZATION, la doctrina y legislación occidentales se ocupan de la despenalización de las que se han dado en llamar “bagatelas”, a cambio de construir un entramado de soluciones alternativas judiciales y administrativas.

La constante y progresiva judicialización de los problemas convivenciales, la lentitud de la resolución de tales conflictos debida a la propia dinámica procedimental, la escasez de medios y los complejos sistemas de impugnación ... han hecho que la Justicia penal, como en cualquier otro orden, haya sufrido un pernicioso colapso que la priva de su propia condición de Justicia.

El problema, que no es privativo de nuestro país, cobra en éste alarmante realidad por cuanto, a diferencia de otras legislaciones de nuestro pretendido ámbito cultural, no se ha realizado previsión alguna con anterioridad y abocamos a situaciones de difícil solución, al menos a corto plazo.

El Código austríaco de 1975 prevé la posibilidad de eliminar del Derecho penal los hechos carentes de merecimiento de pena. La impunidad de estas “bagatelas” pasa porque el hecho sea escasamente castigado (aunque establece un año como límite máximo de la pena), sus consecuencias antijurídicas sean insignificantes y la sanción tenga escaso efecto disuasorio.

Este modelo austríaco hay que incluirlo en las denominadas soluciones globales, a diferencia de otros intentos más sectoriales como es el caso de Alemania, donde en 1975 se llegó a dictar una ley contra el hurto en supermercados.

Un interesante intento alternativo es el sistema americano de “PLEA GUILTY”⁽¹⁾, en el que el órgano jurisdiccional decide sobre la viabilidad de

(1) PLEA GUILTY: Plea: Pretexto; Guilty: culpa.

un acuerdo, concertado en aras del principio de oportunidad por el fiscal y la defensa y que supone una alternativa al rigor de la pena prevista, evitando así multitud de procesos de EE.UU.

Este sistema contaría con inconvenientes constitucionales en nuestro país, como el principio de legalidad y su influjo en la rígida acción del Ministerio fiscal en su defensa.

No cabe duda, sin embargo, de su intrínseca bondad y de su incipiente aplicación en nuestro país en materia de delincuentes extranjeros. Su utilidad sería incuestionable, por ejemplo, en los tratamientos —una vez garantizadas su eficacia y seriedad— de los toxicómanos, como sustitutivos a la pena.

Y no puede ignorarse que la práctica de los juzgados españoles ha ido, a través de un sistema similar, consolidado paulatinamente en materia de accidentes de tráfico, enjuiciando como meras faltas conductas que merecían el tratamiento de imprudencias temerarias; y ello en aplicación de principios de economía procesal y por consecuencia de la proliferación de tales conductas y su escaso reproche penal.

Como mantiene BACIGALUPO, “la política criminal de los delitos menores requiere contemplar el problema desde la doble perspectiva del Derecho penal material y el Derecho procesal penal”. Y este último no puede estar ausente —íntimamente ensamblado con el anterior— en un programa político criminal que se oriente a dimensionar el sistema penal. Quizá haya que empezar por optimizar el planteamiento a través de la liberación de tantas cargas procesales, simplificación de los recursos y abolición del culto del legislador al conflicto técnico-procesal.

Parece que el planteamiento de una alternativa seria al procedimiento actual se impone inexorablemente, y ello por una exigencia del clímax que se ha ido trazando en Europa desde la confección del CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, de 1950, ratificado por España en 1977. Y, sobre todo, por la doctrina interpretativa del mismo que han ido configurando las sentencias del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

El convenio trata, mediante el diseño de un cuadro de garantías procesales, de consagrar el reconocimiento a los derechos del individuo imponiendo límites a la actuación punitiva del Estado. De aquí deriva unas consecuencias referidas a la teoría del delito y la pena, al tratamiento

penitenciario y límites a las medidas cautelares impuestas durante el procedimiento, quizá el aspecto más vidrioso en relación con nuestra praxis judicial, como asimismo la necesidad de resolución del proceso en un plazo razonable, como *conditio sine qua non* de su propia justicia.

Cualquier solución alternativa deberá observar los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal desfavorable, así como el derecho al doble grado de jurisdicción.

En particular, el artículo 6 del Convenio establece el escenario en que debe moverse la acción penal: toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial. A ser informado de la acusación y a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la defensa.

Interesa destacar algunos aspectos sentados por la Jurisprudencia del Tribunal, que no puede olvidarse que es intérprete del convenio y éste, en nuestro Ordenamiento jurídico, ocupa un lugar preeminente tras la Constitución y antes de las demás leyes.

Así advierte el Tribunal en las sentencias NEUMEISTER de 27 de junio de 1969 y ENGEL, de 8 de junio de 1976, que “si los estados pudieran a su voluntad calificar una infracción de disciplinaria en lugar de penal ... el juego de las cláusulas penales del Convenio se encontraría subordinado a la voluntad soberana de los estados”.

Y en la sentencia OZTÜRK, de 21 de febrero de 1984 ha aplicado las garantías del proceso penal a los procedimientos sancionadores administrativos como consecuencia de la despenalización de antiguas infracciones penales leves.

Ello ha hecho que países como Holanda utilicen las “directivas” para unificar criterios a la hora de afrontar la plasmación del principio de mínima intervención en políticas despenalizadoras o en la instauración de procedimientos alternativos de consensos, de oportunidad o puramente administrativos como correctores de leves contravenciones.

Entiendo, conforme a las anteriores consideraciones, que adoptar el principio de intervención mínima sin construir un sistema alternativo de sanciones, constituye una política peligrosa, de clara indefensión social y de consecuencias imprevisibles.

Ciertamente muchas han sido las faltas que han desaparecido del catálogo del Libro III del Código penal; algunas claramente llamadas a desaparecer

por su nulo sentido de agresión. Curiosamente han permanecido otras, cual ocurre con el artículo 596, que castiga la infracción de reglamentos o bandos sobre quema de rastrojos, en clara oposición con lo que parece ser la filosofía de la reforma.

Sin embargo, cualquiera que sea el criterio seguido para la misma, que parece sacralizar la afirmación de última ratio del Derecho penal, deben hacerse algunas consideraciones al respecto.

CRÍTICAS GENERALES

Debo omitir cualquier referencia puntual y particularizada a los tipos penales por integrar el objeto de otra ponencia. Sin embargo, no puede ignorarse que el derecho no debe tutelar tan sólo intereses generales y comunitarios. El bien común que persigue, se integra por la satisfacción de los derechos individuales, armónicamente tutelados desde el respeto entre ellos y la significación axiológica de su articulación.

Las pequeñas contravenciones, las faltas, constituyen agresiones al aspecto más íntimo de la convivencia y la paz social. Los pequeños problemas de orden público, de sosiego social, de una vecindad bonancible y pacífica (“el respeto a los derechos de los demás”, que proclama el artículo 10 de la Constitución), quizá no asuman un protagonismo criminoso demasiado relevante, pero importa al ciudadano que los sufre.

Y es lo cierto que la Administración no tiene instrumentos, ni voluntad las más de las veces, para hacer respetar sus propios bandos y normas, dictados para garantizar una civilizada convivencia. Mientras ello no ocurra, mientras la Administración no sea capaz de tutelar estos derechos, con una adecuada política sancionadora, observando cuantas garantías procedimentales y constitucionales les sean exigibles a toda sanción, las faltas no tendrán mejor marco de enjuiciamiento que el ámbito de los tribunales de justicia.

Por otra parte, despenalizar —por ser uno de los ejemplos más llamativos— la imprudencia determinante sólo de eventos dañosos para que la satisfacción de los intereses patrimoniales lesionados se diluciden en un orden jurisdiccional, hoy por hoy más lento que el penal, es un logro ciertamente insatisfactorio y frustrante, desde la óptica de la anhelada rapidez de la Justicia.

EN EL JUZGADO DE GUARDIA

Y en tal sentido, la reforma procesal de diciembre pasado, por su escrupuloso trato al problema de la “contaminación” del juez instructor en cuanto al enjuiciamiento, perdió una ocasión extraordinaria de haber dotado al procedimiento de una celeridad inmediata.

Al Juzgado de Guardia llegan multitud de atestados en que, por la simplicidad del hecho y sus circunstancias, presencia de testigos y disponibilidad inmediata de la prueba, pudieran haber sido enjuiciados ipso facto por el Juez de Guardia, que no ha tenido que adoptar resolución previa alguna. En este procedimiento se hubieran podido arbitrar fórmulas de consenso similares al PLEA GUILTY o sustitutivos a la pena, a semejanza con lo que ocurre en otros países con la realización de trabajos comunitarios, cuya remuneración sirva para la efectiva reparación del delito.

Hubiera sido sencillo y útil. Y no tendríamos la sensación de estar siempre criticando pasados esquemas e incidiendo sobre los mismos errores al arbitrar su sustitución.

La casuística del Juzgado de Guardia es inimaginable. Multitud de conflictos afloran todos los días a esa vanguardia de marginación y desesperanza en que hemos convertido esta máquina de fabricar diligencias y presos. A veces, muchas veces, la solución del conflicto puntual, inaplazable, no se encuentra en nuestros códigos sino en la aplicación del sentido común, en el grado de compromiso del Juez y en la imperiosa necesidad de tomar una decisión consecuente e inmediata, que ponga fin a la angustia o a la inseguridad. Lamentablemente, la ley encorseta demasiado la adopción de soluciones justas, cuando debería ser esta Ley la que libere al Juez de trabas para que sea instrumento del Derecho y la Justicia.

Ello, unido, en términos generales, a la inadecuada estructura de la oficina judicial, en la que el juez se inserta no sólo como integrante de un poder estatal y un técnico del Derecho, sino como jefe administrativo de una organización que le desborda, impiden la realización de su función en las condiciones de libertad, sosiego y dedicación que parecen debidas.

LA DROGA, LA REFORMA PENDIENTE

Huyendo de referencias a concretos aspectos de la reforma, sugiero algunas consideraciones sobre una particularidad ciertamente turbadora para el juez y que la experiencia de anteriores reformas debió motivar la reflexión del legislador.

Voy, en consecuencia, a hacer recaer esta última parte de mi exposición sobre una de las vertientes más complejas de la criminalidad actual y sobre la que la reforma ha pasado silenciosamente.

Tendrán que disculpar que esta crítica a la Ley vaya por los derroteros de lo que ha constituido el compromiso más intenso de mi vida. Un discurso desesperanzado sobre una realidad que, en declaración institucional del Parlamento británico en 1975, constituye para la sociedad “el peligro más grave en tiempo de paz”.

Ciertamente el Código penal había sido modificado en materia de drogas en 24 de marzo de 1988. Y tan esperada reforma, anunciada por el entonces Ministro de Justicia en comparecencia ante el Senado, tres años antes, recibió numerosas críticas aún antes de su publicación.

De una parte, por la instalación del artículo 93 bis dentro del tratamiento que el Libro I hace de la remisión condicional, prácticamente inaplicable a delincuentes toxicómanos por la dificultad de que se den los requisitos que el precepto exige. En especial, por referirse casi exclusivamente a delincuentes primarios en tratamiento deshabitador y, sobre todo, por la falta de garantías de homologación de los centros. No puede ignorarse que no sólo los traficantes negocian con ese terrorismo blanco, sino que el tratamiento de toxicómanos ha hecho generar un magnífico negocio en manos de desaprensivos que traicionan su noble profesión comerciando con recetas al socaire de un pretendido tratamiento, con lo que propician posteriores actos de tráfico de fármacos y hacen recaer una plaga más sobre el desespero de tantas familias.

Y dejo sobre el tapete una de las grandes asignaturas pendientes de nuestros poderes públicos, cual es el pavoroso problema del tratamiento del verdadero drogadicto, desde aspectos coordinados de política sanitaria y criminal.

Ello enlaza con otro aspecto crítico de la reforma, cual es la intangibilidad del Libro I y en particular, del juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en las que la droga ha debido tener una presencia vigorosa y específica en los artículos 8 y 9; como asimismo el delicadísimo problema de la reincidencia, cuya indiscriminada influencia en la agravación de las penas plantea a muchos autores tesis sobre su posible inconstitucionalidad.

Volviendo a la droga, junto a indudables aspectos positivos de la reforma del 88, el artículo 344 bis f) establece un principio de reincidencia internacional, tan sugestivo como inútil. Ciertamente que si alguna razón de ser tiene esta agravante, es precisamente en el enjuiciamiento de tan brutales conductas. Pero la pintoresca e interminable ruta de un despacho de auxilio jurisdiccional internacional impide la agilización del proceso y disuade a policías y jueces.

Mas la presencia de la droga en nuestro Código tiene un capítulo importante en un ámbito al que la reforma ha afectado sustancialmente. Me refiero a los delitos de riesgo y, en particular, a los que afectan a la seguridad del tráfico. Y así como la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas constituye un delito frecuente en los juzgados, la realizada bajo el influjo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas no llega nunca a ser enjuiciada, sin duda por la ausencia de una clínica puntual en el momento de la intervención policial.

En la ciudad donde presto mis servicios, el Decanato va a proceder a un ensayo, con la Consejería de Salud del Gobierno autonómico y el Instituto Regional de Toxicología, en virtud del cual se podrá estudiar estadísticamente el influjo de la droga en la conducción. El muestreo, que abarcará todas las asistencias de los centros de urgencia a accidentados en tráfico, va a permitir conocer la significación de la drogadicción en la circulación por edades, ámbitos rural o urbano, días de la semana, proximidad a fiestas, etc. La carestía del estudio nos permite un ejercicio de tan sólo unos meses, pero estamos seguros de llevar ante el juez tan importantes elementos y, sobre todo, construir un dossier sin precedentes y de excepcional utilidad para ulteriores reformas legislativas. En cualquier caso, quizá venga a explicar el espectacular incremento de accidentes de tráfico en nuestras carreteras.

POLÍTICA PENITENCIARIA

Al hablar del narcotráfico —e igual ocurre con el terrorismo— no puede olvidarse otro aspecto de la política criminal, cual es el efectivo cumplimiento de las penas. Y si aceptamos que este tipo de agresiones, por su negativa incidencia en los valores de nuestra sociedad democrática, motiva una actitud de lucha excepcional, quizá fuera conveniente privar a sus autores de los beneficios que dulcifican el cumplimiento de las penas conforme a la Ley General Penitenciaria.

Ello nos pone en contacto con el mundo sórdido y sin horizonte de nuestras prisiones, que llenamos de hombres y mujeres que en su mayoría responden a este retrato robot del recluso, extrapolable a cualquier ciudad española: Heroínomano, procedente del cannabis, ínfimo nivel de vida y cultura, marginado social y económicamente, parado, relata mal recuerdo familiar y frecuentes situaciones de odio en su infancia ... generalmente con rotundo fracaso escolar, padre alcohólico y con escaso entusiasmo por el trabajo y el ejemplo que contempla en su entorno familiar y social. Vive en el extrarradio, en barrios de marginación, carente de principios de inhibición social, morales o religiosos. Acepta como normal la transgresión de unos valores que no entiende, con total ausencia de una mínima escala axiológica, no siente temor a la privación de libertad y es en general respetuoso con el rol de cada uno en el proceso.

Este producto nuestro, en cuya configuración tenemos un destacado papel los que oficiamos la justicia, abarrota nuestras cárceles en un escenario sin ilusión, lleno de anomia y pasotismo.

La relación recluso-Administración, la utopía de su reeducación, de la reinserción social, de la devolución de la ilusión juvenil por la vida, por su realización personal ... se nos antoja a los que vivimos el compromiso de esta Justicia nuestra como un abismo de desespero y frustración.

Sin solucionar este angustioso problema, ni una ley penal adecuada ni un procedimiento idóneo podrán ser buenos instrumentos de una Justicia que almacene en celdas gran parte de una juventud derrotada.

A MODO DE CONCLUSIONES

En definitiva, la reforma del Código penal que analizamos se antoja altamente insuficiente en el logro de una Justicia socialmente más satisfactoria. Su escasa ambición, su construcción parcial y fragmentaria, su desconexión con otros aspectos de la política criminal y su oportunidad excesivamente coyuntural, justifican sobradamente su provisionalidad.

Hubiera sido deseable que la reforma hubiera abordado problemas que, por la falta de desarrollo normativo de capitales mandatos constitucionales, cuestionan la acción policial y ponen a los jueces ante situaciones difícilmente salvables.

Ello, unido al reforzamiento del principio de inmediación, que ha supuesto un cambio en el valor de la instrucción y en la importancia de la prueba en el plenario.

Es necesario adecuar la técnica instructora a las efectivas garantías de los derechos del individuo, articulando el modo de actuación policial y su dependencia del órgano instructor.

Una policía auténticamente judicial, sin estructuras paralelas y sin dependencia del Ejecutivo, una policía cuya inserción en el organigrama del Juzgado le otorgue la confianza del cuerpo social y de la Institución judicial.

Es preciso que se clarifique todo lo referido a la regulación del otorgamiento de mandamientos de entrada y registro, intervenciones telefónicas, auxilio a la Administración, Habeas Corpus, extranjería, tratamientos a enfermos mentales, menores, delegaciones en la policía judicial en las primeras diligencias instructoras ... como asimismo arbitrar un serio apoyo informático que propicie la interconexión entre órganos jurisdiccionales y de éstos con los policiales.

Resulta imprescindible afrontar el estudio de la figura del juez; recurriendo a la urgente reforma del sistema de selección, que le otorgue una sólida y adecuada preparación. Se hace precisa una autocrítica sobre la función formativa del Centro de Estudios Judiciales, con un permanente reciclaje científico y la conformación de un compromiso vocacional de sus miembros.

La modificación de los instrumentos legales del Derecho punitivo debe encararse globalmente, con audiencia de sectores interesados (frecuentemente estas reformas se realizan por teóricos, desconocedores de la realidad del juzgado y del hábitat delincencial) y con el sosiego y la reflexión que garanticen su estabilidad temporal y otorgue al cuerpo social seguridad jurídica. Así se evitaría el hecho, intolerable, que una sentencia técnicamente ejemplar suscite la repulsa social por lo obsoleto del tipo o su sanción desproporcionada.

Una adecuada reforma penal pasa por obtener la sanción popular de su filosofía; afrontar el tratamiento de conceptos estancos como el referido a la teoría del delito y la pena, el específico de algunos capítulos como la seguridad del Estado, delitos económicos, ecológicos o atentatorios a la salud comunitaria; integrar nuevas formas que protejan los avances tecnológicos como las intromisiones informáticas, el fax younk ⁽²⁾ y demás figuras de la propiedad intelectual e industrial.

Una reforma inserta en un Código del procedimiento que no excluya el ámbito del cumplimiento de las penas, con un serio esfuerzo por moderar el uso de indultos y otras medidas de gracia. Penas que se cumplan, pero que sirvan a la reinserción social, familiar y laboral del preso y no para convertir las prisiones en almacenes de la marginación.

Una política criminal que garantice el proceso punitivo, que devuelva la dignidad a la persona enjuiciada, que canalice la justicia social, que sosiegue inquietudes ciudadanas y reintegre a la sociedad la confianza en el Poder más sereno y estable del Estado. Parafraseando al Presidente de este Tribunal Superior, que haga triunfar el Derecho y, en definitiva, la paz y la libertad.

Una justicia que otorgue ilusión a quienes la hacemos posible. Pues por encima de sus carencias, a pesar de su permanente utopía, la aventura diaria de su logro debe llenar de compromiso a todos. Un compromiso cuajado a veces de sinsabores e impotencias, pero que no puede abjurar nunca de la ilusión, del servicio público que integra y la defensa del individuo, de la sociedad y del estado, merced a su afirmación de conciencia de Poder.

Me niego a aceptar, por insuficiente, la denominación de funcionarios públicos, sin más, referida a los jueces. Porque el juez que acuda al juzgado a cumplir un oneroso trámite, a trabajar robotizado sobre la frialdad de los

(2) FAX YOUNK: Proliferación en los sistemas de fax, de mensajes no solicitados (generalmente publicitarios), que se introducen en la línea privándole incluso de poder comunicar al exterior.

papeles y a establecer un pulso entre la demanda ciudadana de una resolución y su proclividad a desviar el problema, a no asumirlo, no puede tener la confianza de la sociedad a la que dice servir ni la conformidad de su propia conciencia.

Y esta reflexión la hago extensiva a los que son directamente colaboradores de la justicia merced a esa profesión que por la propia definición de su estatuto, está llamada a la Justicia, a la concordia y la defensa de los derechos e intereses.

Así, unos y otros, haremos mejores las leyes porque el Derecho sea siempre instrumento del bien, de la Justicia y la dignidad de los hombres.

Y así será verdad aquella proclamación de la Ley de Partidas:

“Grandes son las utilidades que nacen de la Justicia: Hace a los hombres vivir juiciosamente y obrar bien y les da premios y penas.

Por eso todos la deben amar, obedecer y guardar”.

LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES ALIMENTICIAS EN ESPAÑA Y EL DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL

MANUEL PÉREZ RODRÍGUEZ

PROFESOR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE LA LAGUNA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

- I.1. La importancia del ámbito convencional.
- I.2. Calificación Jurídica de la obligación alimenticia y su eventual autonomía.
- I.3. La acción de orden público en materia de alimentos.
- I.4. Derecho Interno Español.

II. LA PROBLEMÁTICA GENERAL DE LAS CONVENCIONES

- II.1. El campo de aplicación de los Convenios de 1956 y 1973.
 - II.1.1. Ratione Materiae.
 - II.1.2. Ratione Personae.
 - II.1.3. Ratione Loci.

II.2. Diversas cuestiones de Calificación.

II.2.1. Las prestaciones Compensatorias.

II.2.2. El fundamento de la obligación alimenticia: Las Uniones Libres.

II.2.3. Las obligaciones alimenticias contractuales.

III. LA NORMA DE CONFLICTO DOMINANTE Y LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

III.1. Sistema de Conexiones.

III.2. El recurso a las Instituciones Públicas.

III.3. Las reglas del art. II.

IV. LOS CONFLICTOS DE CONVENCIONES

IV.1. Cuestiones Generales.

IV.2. Las Convenciones de 1956 y de 1973.

V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la compleja temática de las obligaciones alimenticias en Derecho Internacional Privado, el presente trabajo tiene como esencial objetivo, el análisis en España de la problemática de la determinación del Derecho aplicable, cuando en la relación alimenticia se halle conectado un elemento de extranjería. Y es que las condiciones de vida actuales hacen que se multipliquen cada vez más y más los supuestos en los que las personas afectadas por dichas relaciones habiten fuera de sus países de origen o que no vivan todas ellas en un mismo Estado o que posean diferentes nacionalidades. Factores tales como la proliferación de crisis matrimoniales que terminan en el divorcio o la separación judicial; la creciente liberalización de las legislaciones en materia de filiación, que como bien señala González Campos, es un resultado de la puesta en práctica del principio de igualdad de los hijos ante la Ley⁽¹⁾. Y el cada vez mayor trasvase poblacional fuera de las fronteras patrias, ya sea por motivos laborales o por el cada vez más creciente turismo internacional; hacen que abunden las situaciones de abandono de menores o de cónyuges desasistidos por el incumplimiento de la obligación jurídica de prestar alimentos e imponerse la realidad de un anormal funcionamiento de los cauces institucionales por los que el necesitado de asistencia la encuentra debidamente.

I.1. La importancia del ámbito convencional.

El marcado particularismo de los sistemas estatales en la reglamentación de las obligaciones alimenticias⁽²⁾ y el consiguiente desamparo en que puede encontrarse el acreedor de alimentos ante los consecuentes obstáculos con los que se puede encontrar para hacer valer sus derechos ante el deudor de los mismos, ya sea por las divergencias de las legislaciones internas sobre el plano del derecho sustancial o procesal, ya sea por las dificultades prácticas que se presentan a las personas indigentes para proseguir una acción en el extranjero, hacen que sea la reglamentación convencional el medio más eficaz de solución de dicha problemática. Una reglamentación convencional que conduzca sobre todo a la unificación de las reglas de conflicto de leyes así como a las reglas

(1) Vid. JULIO GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, en *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Vol. II, pág. 224. Oviedo 1984.

(2) GONZÁLEZ CAMPOS, *opus cit.*

relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias y actos públicos extranjeros, aparte del mutuo auxilio judicial en esta materia.

Después de la Segunda Guerra Mundial, las gestiones iniciadas por la Sociedad de Naciones fueron continuadas gracias a las iniciativas llevadas a cabo por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado de Roma, el Consejo Económico Social y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que dieron como resultado las siguientes Convenciones:

- 1.^a La Convención de las Naciones Unidas, Nueva York, de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero.
- 2.^a La Convención de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de los hijos.
- 3.^a La Convención de La Haya de 15 de abril de 1958 relativa al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto de los hijos.
- 4.^a La Convención de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias.
- 5.^a La Convención de La Haya de 2 de octubre de 1973 concerniente al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones relativas a obligaciones alimenticias.

Nosotros, centraremos nuestro estudio en las dos Convenciones de La Haya relativas a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, puesto que la Convención de Nueva York, destinada a facilitar a los acreedores alimenticios la obtención de la pensión de alimentos no se pronuncia en ningún momento sobre la ley aplicable a la obligación alimenticia. Como tampoco lo hace con respecto al régimen de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en el materia ⁽³⁾.

Ambas Convenciones fueron firmadas y ratificadas por España, por lo que forman parte de nuestro derecho positivo. La primera, ratificada el 25 de mayo de 1974 ⁽⁴⁾, y la segunda el 4 de julio de 1986 ⁽⁵⁾.

(3) Vid. ELISA PÉREZ VERA, en *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Tecnos. Madrid 1980.

(4) B.O.E. núm. 108 de 6 de mayo de 1974. Aranzadi legislación 1974, núm. 972.

(5) B.O.E. núm. 222 de 16 de septiembre de 1986.

La Convención de 1956 está también en vigor en los siguientes Estados: República Federal Alemana, Austria, Bélgica, Francia, Italia, Japón, Liechtenstein, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza y Turquía.

Mientras que la Convención de 1973 está vigente, además, en los siguientes Estados: Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza y Turquía.

Antes de entrar en la cuestión de fondo del presente estudio, creemos necesario realizar un somero análisis de dos puntos fundametnales, como son:

a) La calificación jurídica de la obligación alimenticia y su eventual autonomía.

b) La acción de orden público en materia de alimentos.

Así como también prestaremos nuestra atención a la reglamentación de la deuda alimenticia en el derecho material español.

1.2. Calificación jurídica de la obligación alimenticia y su eventual autonomía.

En cuanto a la calificación jurídica, se afirma en la doctrina dominante que el deber de prestar alimentos constituye una típica obligación legal que tiene como fuente el derecho de familia. Aunque como bien señala Aguilar Navarro⁽⁶⁾ hay otras manifestaciones de la deuda alimenticia que se alejan del derecho familiar, como es el caso de la obligación alimenticia en relación con el derecho sucesorio o supuestos contractuales en los que el acuerdo de voluntades se concreta en una deuda de alimentos.

También se defiende una concepción autónoma de la obligación alimenticia⁽⁷⁾, basada en un derecho natural de alimentos. Concepción que queda reflejada en las Convenciones de La Haya como subsiguientemente observaremos. Admitiéndose que la interpretación de las Convenciones debe tener en cuenta el conjunto de sus elementos específicos y característicos.

1.3. La acción del orden público en materia de alimentos.

Si bien los primeros escauceos doctrinales, esencialmente la doctrina francesa (Bartin, Ripert...) propugnaron la presencia del orden público en el ámbi-

(6) Vid. *Derecho Civil Internacional*. Vol. II. Madrid 1975, págs. 448 ss.

(7) Vid. J. DEPREZ, en *Aliments*. Répertoire Dalloz, I. 85-92.

to de la obligación alimenticia, estimando que la ley aplicable sería siempre la ley del foro en base al orden público internacional, tal planteamiento ha sido abandonado en pro de buscar en el orden público internacional un factor de protección de los intereses del acreedor de alimentos. Como señala Aguilar Navarro⁽⁸⁾ cuando ahora se acude al orden público internacional, se hace en forma de un correctivo funcional que viene a defender unos criterios de justicia material que se estiman comunes a gran parte de la humanidad. De este modo, la ley extranjera normalmente competente debe ser descartada cuando no asegura al acreedor de los alimentos una protección suficiente de sus intereses. Entendiendo, en materia de obligación alimenticia, al orden público desde una perspectiva amplia, conllevaría el rechazo a la aplicación de la ley del foro siempre que el alimentista corra el peligro de ser tratado de forma peor que conforme a su ley nacional.

Desde una perspectiva estricta, debería ser aplicable la ley extranjera siempre que garantice un mínimo de prestaciones, aunque tenga efectos diferentes de los que produciría la ley del foro. Aunque como indica González Campos:

“...La tesis de conexión más favorable dista mucho, sin embargo, de hacerse realidad en los modernos ordenamientos por lo que, hoy por hoy, el orden público sigue cumpliendo una misión tradicional en este sentido”⁽⁹⁾.

I.4. Derecho Interno Español.

Hasta la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974 faltaba una regulación específica sobre las obligaciones alimenticias. Y es por ello que con la referida reforma se introduce el vigente párrafo séptimo del art. 9 del Código Civil, comprensivo de una norma de conflicto y la correspondiente normativa en pro de solucionar eventuales conflictos móviles, por cambios en la concreción temporal de las conexiones retenidas⁽¹⁰⁾.

(8) *Opus cit.*

(9) *Opus cit.*, pág. 235.

(10) Sobre esta materia Vid. ELISA PÉREZ VERA, *opus cit.*, nota 3; en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*. Vol. Iº. Tecnos. Madrid 1977, págs. 473 ss. GONZÁLEZ CAMPOS, *opus cit.*, nota I. MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Editorial Revista de Derecho Privado. Jaén 1978, págs. 185 ss. ANTONIO MARÍN LÓPEZ, en *Derecho Internacional Privado Español*. Parte Especial. Vol. II. Granada 1987, págs. 220 ss. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, en *Las obligaciones alimenticias en el Derecho Internacional Privado Español*. Revista Española de Derecho Internacional. Vol. XXXVII 1985, págs. 67-108. JOSÉ LUIS IGLESIAS BUIGUEZ, en *Le nouveau système de règles de Conflict du Droit International Privé Espagnol*. (Revue Critique de Droit International Privé). Tomo LXVI. París 1976.

Art. 9,7:

“El derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y del alimentante. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclama cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común. En defecto de ambas leyes, o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, se aplicará la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación. En caso de cambio de la nacionalidad común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio”.

Tenemos pues, en el párrafo primero de este apartado séptimo, una norma de conflicto compleja con tres conexiones alternativas, de aplicación subsidiaria. Puntos de conexión que, como veremos más adelante, son los mismos que los recogidos en los artículos 4, 5 y 6 del Convenio de La Haya de 1973, aunque se invierte la jerarquía de los dos primeros: la ley nacional común y la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos. Tal alteración en el orden jerárquico de las conexiones entre la norma de conflicto española y la convencional, traerá consecuencias muy distintas. Ya que, si bien los Convenios de La Haya tienen como conexión principal la residencia habitual del acreedor, en cambio, la normativa española optó por consagrar como conexión principal, la competencia de la ley nacional común. Quizás porque coincidiera en gran manera y la problemática de los años setenta se centraba al respecto en la gran masa de emigrantes españoles en el extranjero. Pero hay que tener en cuenta, como lo señala Elisa Pérez Vera⁽¹¹⁾, que la disparidad de nacionalidades suele ser la regla general en los supuestos en que nuestra condición de país receptor de turismo nos sitúa en la posición del deudor alimenticio.

Por ello, hubiese sido preferible la tónica mantenida en el derecho convencional de enarbolar como conexión primaria la ley de la residencia habitual, que comporta muchas más ventajas que la nacionalidad en el sentido de que las mismas autoridades del país de la residencia habitual del alimentista son las mejor calificadas para establecer, a la luz de las condiciones económicas y sociales existentes, las normas adecuadas que determinen el alcance, la cuantía y la responsabilidad en la prestación de la obligación alimenticia. Además de que se evita que el alimentante pueda sustraerse a sus obligaciones al establecerse en un país en el que éstas sean o ya desconocidas o ya restringidas.

(11) *Opus cit.*, nota anterior.

Por otro lado hay que resaltar que se ha optado por una regulación amplia de la deuda alimenticia (derecho a la prestación de alimentos entre parientes) con lo que el referido art. 9,7 está en consonancia con la tónica mantenida al respecto con los Convenios de La Haya de 1973. La importancia del problema y la amplitud de su regulación, como lo señala Aguilar Navarro Benítez de Lugo ⁽¹²⁾ ha conducido a una reglamentación autónoma de la deuda alimenticia, haciéndola objeto de un tratamiento separado, independiente de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y de las relaciones paternofiliales, lo que permite fácilmente obviar el conflicto de calificaciones.

Ahora bien, como indica González Campos ⁽¹³⁾, es casi prácticamente nula la aplicación del art. 9,7º del Código Civil por nuestros Tribunales. Ya que por un lado, la realidad demuestra que son nuestros nacionales los principales deudores alimenticios y por lo tanto, escapan de la óptica del derecho aplicable, pasando pues al uso de las vías, o bien de la demanda suscitada en España por el Ministerio Fiscal sobre la base del derecho convencional o bien encontrarnos con la presencia de una sentencia extranjera que conceda alimentos a un hijo que tampoco tendría especiales inconvenientes para ser reconocida y ejecutada en nuestro país sobre la base del procedimiento especial recogido en el derecho convencional vigente.

Y además, hay que tener en cuenta que aparte de los supuestos en los que el art. 9,7º sólo posee un carácter supletorio de los Convenios vigentes en nuestro país, a tal carácter residual se unen las circunstancias en las que la perfilada autonomía quiebra y que ocurre, cuando la prestación de alimentos es una consecuencia del divorcio o de una separación. En la que entra en juego pues, la aplicación del art. 107 del Código Civil ⁽¹⁴⁾, ya que, como ha señalado González Campos ⁽¹⁵⁾, la sentencia que declara la separación o el divorcio modifica tan sensiblemente la situación jurídica de los cónyuges, lo que explica una solución especial. Solución, además, acogida en el art. 8 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la deuda alimenticia, vigente en nuestro país y que analizaremos posteriormente.

(12) *Opus cit.*, nota 10.

(13) *Opus cit.*, pág. 231.

(14) Art. 107 CC: *La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes.*

(15) *Vid. opus cit.*

Tampoco será aplicable el art. 9,7º del Código Civil cuando la deuda alimenticia sea consecuencia de la tutela o de un legado, cuyas conexiones pertinentes son las incluidas en los arts. 9,6 y 9,8 del Código Civil respectivamente.

También queda relegado el art. 9,7 del Código Civil, cuando la obligación alimenticia tiene una base contractual y que por lo tanto es aplicable el art. 10,5 del Código Civil.

Por lo tanto, en la práctica, el art. 9,7 del Código Civil va a operar solamente cuando se trate de relaciones entre cónyuges y paternofiliales y siempre con un *carácter residual* para los supuestos en los cuales no sean de aplicación los Convenios de La Haya, vigentes en nuestro Estado.

Además, queda patente también la ineficacia de las conexiones del art. 9,7º cuando el acreedor alimenticio posee la nacionalidad extranjera. Situaciones bastante frecuentes en la práctica, pues se demuestra que son españoles los principales deudores alimenticios, con lo cual los problemas suscitados no se resuelven a través de la óptica del Derecho aplicable, sino a través de una demanda suscitada en España por el Ministerio Fiscal sobre la base de la Convención de Nueva York de 1956; o, en caso de encontrarnos ante la presencia de una sentencia extranjera que conceda alimentos a un hijo, no tendrá especiales inconvenientes para ser reconocida y ejecutada sobre la base del procedimiento especial recogido en el derecho convencional de La Haya, vigente en España.

Por último, tenemos que destacar la especial atención que el legislador ha tomado con la problemática de los conflictos móviles en relación con la deuda alimenticia. Como se recoge en el apartado 2º del art. 9,7º del Código Civil:

“...En caso de cambio de la nacionalidad común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio”.

Aunque en este punto es necesario resaltar las matizaciones que al respecto realiza Elisa Pérez Vera ⁽¹⁶⁾. Por un lado, la justificación de la radical mutabilidad de la ley aplicable cuando afecta a la nacionalidad común sólo tiene auténtico sentido cuando es precedida o acompañada de un desplazamiento de la residencia habitual; pero por otro lado, no todo cambio de la residencia habitual; pero por otro lado, no todo cambio de la residencia habitual del alimentista va a suponer un cambio de la ley aplicable.

(16) *Opus cit.*

Internacional Privado revisten una importancia particular y como bien señala François Herzfelder ⁽¹⁸⁾ constituyen el objetivo esencial tanto de la jurisprudencia como de la doctrina. Y en este punto, en lo que concierne al término “hijo no legítimo”, es necesario recordar que, a diferencia de la Convención de 1956, la Convención de 1973 no se limita a las obligaciones alimenticias de ascendientes con respecto a los hijos, es decir, con respecto a los descendientes no casados y que no han alcanzado la edad de veintiún años, sino que en cambio, el término “hijo no legítimo” utilizado en el art. I de la Convención de 1973 comprende pues *cualquier persona* de origen no legítimo.

Se ha cuestionado si ambas Convenciones pueden ser aplicadas a las obligaciones alimenticias relativas a niños acogidos o amparados. La mayor parte de la doctrina se ha pronunciado por una respuesta afirmativa ⁽¹⁹⁾.

En cambio, ambas Convenciones no son aplicables a las obligaciones alimenticias que no se derivan de relaciones de familia, sino que son consecuencias exclusivas de situaciones de orden sucesorio, delictual o contractual. En síntesis, las referidas Convenciones no son aplicables cuando la situación no presenta elementos de extranjería y el campo de aplicación *ratione materiae* de las mismas, está limitado exclusivamente a las obligaciones alimenticias ⁽²⁰⁾.

En cambio, es controvertida la cuestión de saber si esta regla exige o excluye la aplicación de la Convención a las cuestiones previas concernientes a la existencia de relaciones de familia que constituyen la base de las obligaciones alimenticias.

También hay que señalar que en el capítulo de las reservas, los Estados contratantes pueden excluir de la aplicación del Convenio las obligaciones alimenticias entre ciertas categorías de personas.

Y así, el Convenio de 1956 recoge en su artículo II la posible exclusión de los hijos adoptivos:

(18) Vid. *Les obligations Alimentaires en Droit International Privé Conventionnel*. París 1985.

(19) Vid. BISCHOFF, en *Les Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires*. Clunet 1964.

(20) Art. 5º, 2 de la Convención de 1956: *No regula más que los conflictos de leyes en materia de obligaciones alimenticias. Las decisiones dictadas en aplicación de la presente Convención no podrán prejuzgar cuestiones de filiación y relaciones familiares entre el deudor y el acreedor.*

Art. 2º 1: *El Convenio sólo regula los conflictos de leyes en materia de obligaciones alimenticias.*

“Cada Estado Contratante, que firme o ratifique la presente Convención o se adhiera, puede reservarse no aplicarla a los hijos adoptivos”.

Mientras que la Convención de 1973, recoge expresamente las reservas contenidas en los arts. 13 y 14:

Art. 13: “De conformidad con el artículo 24, todo Estado contratante podrá reservarse el derecho de aplicar el Convenio sólo a las obligaciones alimenticias:

1. Entre esposos y ex-esposos.
2. Respecto de una persona menor de veintiún años que no haya estado casada”.

Art. 14: “De conformidad con el artículo 14, todo Estado contratante podrá reservarse el derecho de no aplicar el Convenio a las obligaciones alimenticias:

1. Entre colaterales.
2. Entre parientes por afinidad.
3. Entre esposos divorciados, separados, o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo o anulado, cuando la decisión de divorcio, separación, nulidad o anulación del matrimonio haya sido dictada en rebeldía en un Estado en que la parte rebelde no tenía su residencia habitual”.

Tanto Suiza como Turquía han hecho la reserva de no aplicar el Convenio a las obligaciones alimenticias entre colaterales o afines.

II.1.3. *Ratione loci*.

Por razón del lugar o la aplicación geográfica de las Convenciones, mientras el Convenio de 1956 recoge expresamente en su art. 6º que:

“La Convención no se aplica más que en el caso de que la ley designada por el artículo primero sea la de uno de los Estados contratantes”,

en cambio, la Convención de 1973 es *universalista*, ya que como se recoge en su artículo tercero:

“La ley designada por el Convenio se aplica con independencia de cualquier condición de reciprocidad, incluso si se trata de la ley de un Estado no contratante”.

II.2. Diversas cuestiones de Calificación.

En cuanto a las cuestiones de calificación relativas a la Convención de 1956, tenemos que afirmar que han sido objeto de numerosos análisis por parte de la doctrina y de la jurisprudencia en Derecho Comparado⁽²¹⁾.

Con la entrada en vigor de la Convención de 1973, con el objeto de establecer las normas de conflicto que permiten la determinación de la ley aplicable

“a las obligaciones alimenticias que se derivan de las relaciones de familia” (art. 1º)

surge una nueva categoría de conexión, mucho más amplia que la de la Convención de 1956:

“La de obligaciones alimenticias respecto de los hijos”.

Conforme al método tradicional aplicado en Derecho Internacional Privado, hay que examinar los criterios que permiten determinar el contenido del término “obligaciones alimenticias” que se derivan de las relaciones de familia para posteriormente analizar el campo de aplicación de la ley declarada aplicable a esta categoría. Ambas cuestiones están vinculadas de tal suerte que no siempre es posible lograr la adecuada delimitación según los criterios puramente lógicos. La obligación alimenticia es aquella por la cual una persona está obligada a suministrar una serie de prestaciones alimenticias a otra. Y como señala Herzfelder⁽²²⁾ el término alimenticio debe ser interpretado en un sentido *amplio*, entendiendo por ello, todas las categorías de prestaciones de las que una persona tiene necesidad de subsistir, sea cual sea su denominación o su clasificación conceptual en los diferentes sistemas jurídicos. Todas las obligaciones que tienen por objeto una de estas prestaciones son, pues, obligaciones alimentarias en el sentido de las Convenciones de La Haya que estamos analizando. En la gran mayoría de los casos, la obligación alimenticia tiene por objeto una *pensión alimenticia*, es decir, prestaciones periódicas.

(21) Vid. SIEHR, en *Ausländische Unterhaltsentscheidungen und ihre Abänderungen im Inland wegen veränderter Verhältniss*. Festschrift Bosch 1976.

(22) *Opus cit.*

Pero como afirma Sigaudy ⁽²³⁾, la periodicidad no es un criterio de obligación alimenticia. En derecho interno, se distingue en Italia, el “mantenimiento”, “el assegno” y los “alimenti”. En Estados Unidos de América: el “support”, “maintenance” y el “alimony”. Pero sin duda alguna, cada una de las tres categorías de prestaciones alimentarias y las obligaciones que tienen por objeto caen dentro del sentido que encierran las Convenciones de La Haya con respecto a la obligación alimenticia. En Francia también existe distinción en dos categorías de prestaciones pero ambas son consideradas también como obligaciones alimenticias en el sentido de las dos Convenciones de La Haya. Se trata de la obligación de los esposos de sostener y de educar a sus hijos (art. 203 del Código Civil Francés) y por otro lado, la obligación alimenticia recíproca entre ascendientes y descendientes (arts. 205, 207 y 211 del Código Civil Francés).

La obligación alimenticia de los padres con respecto a los hijos, comprende los gastos relativos a la formación escolar y profesional. Al contrario, la mayoría de las legislaciones no imponen a los padres la obligación de dotar y establecer a sus hijos. De todas formas, se estima en general, que las cuestiones relativas al establecimiento de los hijos no pertenecen al dominio de las obligaciones alimenticias.

En nuestro derecho interno, tenemos una concepción amplia y aglutinadora de alimentos, como se desprende del art. 142 del Código Civil:

“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

Distinguiéndose en el art. 143 de nuestro Código Civil, por un lado, la obligación alimenticia entre cónyuges, y por otro, la relativa entre ascendientes y descendientes:

“Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

(23) Vid. *Les conventios relatives á une obligation alimentaire*. París 1968.

1º Los cónyuges.

2º Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación”.

Rige el principio de proporcionalidad de la cuantía con el caudal o medios de quien está obligado a satisfacer la obligación alimenticia ⁽²⁴⁾.

Pudiendo el deudor satisfacer la obligación a su propia elección en las modalidades contempladas en el art. 149 del Código Civil:

“El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.

Como bien indica Herzfelder ⁽²⁵⁾ cuando se trata de obligaciones alimenticias entre esposos, es necesario distinguir entre las obligaciones que pueden incumbir a cada uno de ellos durante la vida conyugal común, de las que nacen después del cese de la vida en común y especialmente en los casos de divorcio o de separación de cuerpos. Categoría ésta, la de obligaciones alimenticias entre esposos, la más importante en el sentido de que la mayor parte de los litigios se producen a causa de la desunión del matrimonio.

Los principios esenciales según los cuales esta materia está regulada por el derecho interno de un gran número de legislaciones modernas son ampliamente coincidentes. Durante la vida en común, cada uno de los esposos está obligado en relación con el otro a contribuir convenientemente a las cargas del matrimonio, es decir, al mantenimiento de la familia nuclear. Las cargas del matrimonio comprenden en principio, todo lo que es necesario, no sólo para la subsistencia de los esposos sino también la subsistencia de los hijos en la medida en que están a cargo de los padres.

En caso del cese de la vida conyugal común, y especialmente cuando surge el divorcio o la separación de los cuerpos, la situación cambia. La obligación

(24) Art. 145, I: *Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcionada a su caudal respectivo.*
Art. 146: *La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.*

(25) *Opus cit.*

mutua de los esposos, de contribuir a las cargas del matrimonio, desaparece en general, desde el cese de la vida en común de los esposos y es necesario distinguir, pues, tres categorías de relaciones jurídicas:

- 1.^a— Las obligaciones de uno de los esposos con relación al otro y que toman generalmente la forma de pensión alimenticia.
- 2.^a— Las obligaciones alimenticias de cada esposo en relación a los hijos.
- 3.^a— Las relaciones jurídicas existentes entre los dos esposos en lo que concierne a las prestaciones alimenticias a suministrar por cada esposo a cada uno de los hijos.

En los Estados donde la Convención de 1973 está en vigor, la ley aplicable entre los esposos está determinada durante la duración del matrimonio por los artículos 4 a 6 de la Convención, que analizaremos subsiguientemente.

Durante el período a partir del divorcio o de la separación de cuerpos, rigen las reglas del artículo 8 del referido Convenio.

Mientras que las obligaciones de los padres en relación con los hijos, son siempre regidas por las normas contenidas en los arts. 4 a 6 que posteriormente analizaremos.

En derecho común, la opinión dominante rechaza la competencia de la ley del régimen matrimonial para la obligación de los esposos de contribuir a las cargas del matrimonio. Pero se puede contestar que relaciones más o menos estrechas pueden existir entre el régimen matrimonial y las obligaciones alimenticias que durante el matrimonio incumben a los esposos entre ellos y en relación con los hijos, sobre todo cuando el derecho interno de las obligaciones alimenticias comprende reglas que remiten al régimen matrimonial. (Tenemos por ejemplo el art. 214 del Código Civil francés y los arts. 1.604 y 1.583 B.G.B. en el derecho federal alemán) o, inversamente, el derecho de los regímenes matrimoniales remite a las reglas sobre las obligaciones alimenticias de los esposos (Arts. 1.409, 1.448, 1.449 y 1.537 del Código Civil francés y para el derecho federal alemán el art. 1.420 B.G.B.).

Si la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, según las reglas del derecho convencional no es la misma que la ley aplicable al régimen matrimonial según las reglas de conflicto del Derecho común del Estado Contratante, puede plantear problemas particulares que han sido señalados sobre todo por la

doctrina alemana⁽²⁶⁾. En efecto, dicha escisión puede ser incompatible con la interdependencia que existe entre las dos instituciones en el derecho interno de los dos sistemas jurídicos en conflicto y puede, pues, provocar conflictos de normas positivas o negativas. Como señala Herzfelder⁽²⁷⁾ para evitar resultados inaceptables podrá tenerse en cuenta el principio del respeto de los conjuntos legislativos y podrá pues ser necesario el recurrir al método de la adaptación o eventualmente y en último término, a la excepción de Orden Público.

Problemas análogos se producen cuando la ley, rechazando los efectos del matrimonio no es idéntica a la ley que es aplicable a las obligaciones alimenticias entre esposos, según la Convención de 1973.

II.2.1. *Las prestaciones compensatorias.*

Existe controversia sobre la calificación de las prestaciones compensatorias previstas por ciertas legislaciones modernas en caso de divorcio o de separación de cuerpos. Nadie duda que se trata de obligaciones derivadas de una relación de familia, pero se pregunta si por razón de su objeto o de su finalidad, estas obligaciones pueden ser consideradas como alimenticias.

Haciendo un somero análisis de Derecho Comparado, vemos que el Código Civil francés les ha consagrado a las prestaciones compensatorias las disposiciones de los arts. 270 a 280. El art. 270 las define como prestaciones destinadas a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio ha creado en las condiciones de vida respectivas. En derecho francés interno el carácter de estas prestaciones es discutido⁽²⁸⁾.

En el plano del Derecho Internacional Privado, el problema de la calificación de las prestaciones compensatorias del derecho francés parece no haber encontrado todavía la solución definitiva⁽²⁹⁾. Ya que se estima que no son ni alimenticias ni tampoco son indemnizatorias, considerándolas que revisten en derecho interno un carácter propio y las unen a la ley del divorcio como efectos del mismo. En contra de esta orientación, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas les reconocía un claro carácter alimenticio en el sentido de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968⁽³⁰⁾.

(26) Vid. RAAPE, en *Internationales Privatrecht*. 6ª edicc. T. I. 1977.

(27) *Opus cit.*

(28) Vid. GROSLIERE, en *La réforme du divorce*. 1976, págs. 143 ss. MASSIP, en *La réforme du divorce*. 1976, pág. 213.

(29) Vid. GOUDENET-FALLÓN, en *J.C.L. de Derecho Intrenacional*. Fascículo 547, Nos. 118 y 119.

(30) Vid. Asunto de Cavel, *Rev. Critique de Derecho I.P.* 1980, 618.

El Alemania Federal, el principio de las prestaciones compensatorias entre esposos divorciados ha sido introducido por la ley sobre la reforma del matrimonio, de 14 de julio de 1976, en vigor desde el 1 de julio de 1977, bajo la forma de “Versorgungsansgleich”. Se trata de un reparto de los derechos de jubilación o más exactamente, de derechos futuros o eventuales, adquiridos durante el matrimonio sobre una pensión de vejez, incapacidad en el trabajo o de invalidez ⁽³¹⁾.

Los problemas relativos a la ley aplicable a esta institución, han sido objeto en Alemania Federal, de una discusión extremadamente controvertida. Declarándose en principio que la “Versorgungsansgleich” es una institución de carácter propio. Pero en razón a su naturaleza jurídica presenta una afinidad con las obligaciones alimenticias postmatrimoniales, debe pues, ser sometida a la ley de los efectos del divorcio.

Se tiene la impresión que el principio de prestaciones compensatorias en caso de divorcio, en el sentido dado en la definición del art. 270 del código civil francés, es adoptado cada vez más por los sistemas de derecho siguientes:

A) En U.S.A y en el R.U. de Gran Bretaña, los Tribunales mantienen una fuerte tendencia a proceder en caso de divorcio a una partición equitativa de los bienes de los esposos, independiente de su régimen matrimonial, desarrollando también un sistema de partición de prestaciones de retiro y de pensiones que se aproxima notablemente al “Versorgungsansgleich” alemán.

B) En Canadá, el “Canadian Pensions Act” ha sido completado por una ley previsor con efectos a partir del 1 de enero de 1978 en caso de divorcio o de anulación de matrimonio, bajo ciertas condiciones, la partición de los derechos relativos a las rentas de vejez (previstas por la Seguridad Social Canadiense). El “British Columbia Family Relations Act” (aplicable a la provincia de Columbia Británica) prevé en caso de divorcio o de anulación de matrimonio, la partición de la totalidad de los bienes adquiridos por los dos esposos durante el matrimonio, comprendiendo las rentas de vejez de carácter privado.

C) En nuestro Estado, a partir de la ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, en vigor desde el 10 de agosto de 1981 ⁽³²⁾, en el art. 10º de las Disposiciones Adicionales, se recoge que el cónyuge divorciado tiene derecho

(31) Vid. MAJOROS, en *Mariage et famille en question. L'évolution contemporaine du droit allemand*. 1980.

(32) BOE. núm. 172 de 20 de julio de 1981.

cho a todas prestaciones de la Seguridad Social que ha venido beneficiándose por su matrimonio con su excónyuge. Este derecho comprende por una parte las prestaciones médicas y farmacéuticas, pero por otra parte, las pensiones de viudedad en una medida proporcional al tiempo vivido con el cónyuge divorciado ⁽³³⁾.

Pero además, es importante señalar la normativa en el art. 97 de nuestro Código Civil ⁽³⁴⁾ relativo al desequilibrio económico que puede producirse en el cónyuge que sufre por el hecho de la separación o del divorcio, a causa de la posición del otro, implicando por ello, una situación peor que la que tenía durante el matrimonio, por lo cual tiene *derecho a una pensión* que es fijada por decisión judicial y que puede ser reemplazada por otro modo de regulación.

En todos estos supuestos expuestos, como afirma Herzfelder ⁽³⁵⁾ no se trata de obligaciones alimenticias, porque las prestaciones compensatorias no pueden ser asimiladas a las obligaciones alimenticias, aunque se trate de dos instituciones que presentan una afinidad funcional evidente y que en derecho interno están a menudo ligadas por lazos más o menos estrechos.

Se trata de una materia muy compleja en el plano del Derecho Internacional Privado al exigir un régimen de cierta flexibilidad y admitir la aplicación del método de adaptación. Es por esta razón por lo que no es aplicable a las prestaciones compensatorias la Convención de 1973. Y como reitera Herzfelder, en lo que concierne al principio consagrado por la regla del art. 8 de dicha Convención:

“No obstante lo dispuesto en los artículos 4º y 6º, la ley aplicable al divorcio regirá las obligaciones alimenticias entre esposos di-

(33) Vid. DUBLER, en *Le nouvelle Legislation espagnole en matière de divorce*. Rev. Int. de Derecho Comparado. 1982, pág. 1.185.

(34) *El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:*

1.ª Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.

2.ª La edad y estado de salud.

3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.

5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8.ª El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijará las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

(35) *Opus cit.*

vorciados y la revisión de las decisiones relativas a esta obligaciones, en el Estado contratante en que el divorcio haya sido declarado o reconocido.

El párrafo precedente se aplicará también a los supuestos de separación de cuerpos, nulidad o anulación de matrimonio”.

Es por lo tanto más justificado aplicarlo por analogía a las prestaciones compensatorias, que corresponde perfectamente al principio adoptado en esta materia por el derecho común. Será, pues, oportuno aplicar esta regla a las prestaciones compensatorias, bajo la reserva de las moderaciones que se necesiten aportar para con ello evitar resultados inaceptables.

II.2.2. *El fundamento de la obligación alimentaria: Las Uniones Libres.*

Las Convenciones de 1973 y de 1956, no se aplican sino a las obligaciones alimentarias relativas a una relación de familia.

Ciertas cuestiones particulares pueden plantearse cuando dicha relación es un matrimonio. Las cuestiones de validez de un matrimonio en cuanto a las condiciones de fondo y de forma son cuestiones previas que se apreciarán según las reglas de conflicto del foro. Y por lo tanto, en este punto habrá que acudir a la Convención de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de matrimonios.

Pero se pueden plantear otras cuestiones relativas al matrimonio en esta materia. Y una de ellas surge cuando se trata de unas uniones puramente convencionales entre personas de sexo diferente: *Uniones libres*. Término que parece hoy preferible al de concubinato y que sustituye cada vez más al matrimonio institucional.

En lo que concierne al derecho interno, en muchos países anglosajones, la unión libre está asimilada al matrimonio bajo ciertas condiciones, comprendiendo en general y sobre todo la no existencia de impedimentos de matrimonio y el poder del consentimiento tácito al matrimonio (por parte de los dos compañeros de la unión libre), o la existencia de hechos que justifiquen la presunción de este consentimiento y la notoriedad así como la continuidad de la cohabitación. También en ciertas repúblicas de Yugoslavia, la unión libre está asimilada al matrimonio, bajo ciertas condiciones ⁽³⁶⁾.

(36) Vid. LANDWEHR, en *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Göttingen, 1978.

Por otro lado, existe también un cierto número de países donde los efectos patrimoniales se pueden atribuir a la unión libre (sin ser asimilada al matrimonio), bajo ciertas condiciones por el derecho interno. Ya sea durante la vida en común o después de la ruptura.

Tales obligaciones alimenticias están previstas:

a) En las leyes de ciertas repúblicas de Yugoslavia, África, y Extremo Oriente, Ontario y Columbia Británica (Canadá), los Países Bajos y los Países Escandinavos.

b) Reconocidas por la Jurisprudencia y la doctrina de Alemania Federal, Austria, Países Bajos, Inglaterra y Escocia.

Es evidente que la calificación de la unión libre es decisiva para la cuestión de saber si la Convención de 1973 es aplicable. Cuando una demanda de alimentos presentada por uno de los compañeros de tal unión, contra la otra parte, no se trata de una obligación alimenticia dependiente del parentesco o de un matrimonio. En este caso, pues, la Convención de 1973 no es aplicable salvo que la unión sea calificada de matrimonio en el sentido del art. 1º de la Convención. Ahora bien, nos parece que esta calificación no sería conforme ni a las concepciones que determinan la categoría de matrimonio en la gran mayoría de los Estados.

La Convención de 1973 no es competente en los casos de demanda de obligaciones alimenticias de un compañero de una unión libre contra el otro. Aun cuando, como bien señala Herzfelder ⁽³⁷⁾ según las reglas del derecho interno aplicable, en virtud de los arts. 4 a 6 de la Convención, la unión libre en cuestión, esté asimilada a un matrimonio institucional o que sea considerada como un soporte suficiente para la existencia de obligaciones alimenticias entre compañeros de tal unión.

Cuestión diferente es la del *matrimonio inexistente*, que no debe ser confundido con la unión libre, ya que en el caso de matrimonio inexistente, las dos partes *tienen la voluntad* de contraer un matrimonio institucional y que es lo que justamente no es el caso, cuando se trata de una unión libre.

En Derecho Internacional Privado, las obligaciones alimenticias entre esposos durante el matrimonio, están sometidas en general a la ley que rige los efectos del matrimonio. Y la cuestión de la ley aplicable a los efectos del ma-

(37) *Opus cit.*

rimonio nulo, del matrimonio anulado o del matrimonio inexistente es controvertida, pero es generalmente admitido que la misma ley debe ser competente para las tres situaciones ⁽³⁸⁾.

Por lo tanto, las reglas del art. 8 de la Convención de 1973, son aplicables a las obligaciones alimenticias entre esposos resultantes de la nulidad o de la anulación del matrimonio. Pero ciertas legislaciones conocen también el matrimonio inexistente como es el caso de la “Nicht Ehe” del derecho alemán y del “Void marriage” del derecho inglés. Para los que tales reglas del referido artículo también son aplicables a estas situaciones.

II.2.3. *Las obligaciones alimenticias contractuales.*

La cuestión de la aplicabilidad de las Convenciones a las obligaciones alimenticias contractuales es un tema importante y también bastante controvertido. Importante porque cada vez más y más existen obligaciones alimenticias regladas por contratos. Y en este punto conviene recordar que en el derecho interno la mayor parte de las legislaciones modernas admiten la regulación contractual de las obligaciones alimenticias y hasta formalmente permiten dicha regulación para ciertas categorías de relaciones alimenticias. Tal es el caso de los arts. 230, 232 y 293 del Código Civil Francés; los arts. 1.585, 1.612 del B.G.B. alemán; los arts. 288 y 328 del Código Civil Suizo. Y en el derecho inglés, el padre ilegítimo puede obligarse por un “agreement” a contribuir al mantenimiento del hijo. En lo que las organizaciones sociales de dicho país dedicadas a la ayuda de los hijos naturales estimulan fuertemente esta solución convencional por razón de los inconvenientes que puede presentar en Inglaterra el procedimiento judicial en esta materia.

Bien es verdad que en la Convención de 1973, su aplicación no está prescrita sino para los supuestos de obligaciones alimenticias:

- a) Cuando de trata de una obligación alimenticia “ex lege”, consagrada por la ley y no cuando es una obligación alimenticia que tiene por objeto un acto jurídico.
- b) Cuando la existencia de una relación de familia entre el acreedor y el deudor, constituye el elemento esencial del fundamento de la obligación alimenticia.

(38) Vid. BISCHOFF, en *Les Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires*. Clunet, 1964 y en FADHALLAH, en *La famille légitime en Droit International Privé*. 1977.

Por lo tanto, la aplicación de ambas Convenciones a las obligaciones alimenticias con objeto de una regulación contractual no está ordenada ni defendida. Pertenece, pues, a cada Estado contratante, el decidir en qué medida esta categoría de obligaciones alimenticias debe ser sometida a la competencia de la Convención.

La doctrina en este punto es controvertida y la opinión que parece ser la predominante es la de que la competencia de la ley desarrollada por la autonomía de la voluntad debe ser excluida, sobre todo, porque dos elementos inherentes a este sistema de relaciones, son considerados incompatibles con la naturaleza de las obligaciones alimenticias: Por un lado el peligro de *inseguridad*; por otro, la posibilidad que pueden tener las partes de *suplantar* la misma aplicación de las reglas imperativas de la ley designada por las normas de Derecho Internacional Privado.

III. LA NORMA DE CONFLICTO DOMINANTE Y LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

III.1. Sistema de Conexiones.

Así como el Convenio de 1956 contempla como conexión principal, en su art. 1º, *la residencia habitual del hijo*, aplicando de forma excepcional y subsidiaria la ley interna del Estado contratante cuando la demanda sea interpuesta ante autoridad del referido Estado y posean tanto el deudor como el acreedor, la nacionalidad de dicho Estado, el deudor tenga su residencia habitual en dicho Estado.

En cambio, la Convención de 1973 recoge tres conexiones con carácter alternativo. Una conexión principal y dos subsidiarias. Completándose el sistema con tres reglas especiales, recogidas en los arts. 7, 8 y 9 del Convenio.

La conexión principal es la *residencia habitual del acreedor de alimentos*, la cual determina la ley aplicable a la obligación alimenticia.

Adoptándose, al igual que en el Convenio de 1956, el principio de la variabilidad del estatuto alimenticio, al permitirse que en caso de cambio de la residencia habitual del acreedor, la ley interna de la nueva residencia habitual, se aplica a partir del momento en que el cambio se ha producido.

Art. 4: “La ley interna de la residencia del acreedor de alimentos regirá las obligaciones alimenticias a que se refiere el artículo 1º.

En el caso de que cambiara la residencia habitual del acreedor, será aplicable la ley interna de la nueva residencia habitual, a partir del momento en que se produzca el cambio”.

Las conexiones subsidiarias son las recogidas en los arts. 5 y 6 del Convenio.

Art. 5: “La ley nacional común se aplicará cuando el acreedor no pueda obtener alimentos del deudor, en virtud de la ley designada en el artículo 4º”.

Art. 6: “La ley interna de la autoridad que conozca de la reclamación se aplicará cuando el acreedor no pueda obtener alimentos del deudor, en virtud de las leyes designadas en los artículos 4º y 5º”.

La ley nacional común queda invalidada en el caso en que cada una de las partes posea lógicamente distinta nacionalidad. Como señala Ballet ⁽³⁹⁾ la regla recogida en el artículo 5º tiene unas implicaciones favorables de orden procesal cuando la competencia internacional de los Tribunales de un Estado está fundada sobre el hecho de que las dos partes tienen su nacionalidad. El juez puede ser inducido a aplicar la *lex fori*, lo que conduce a una simplificación y a una consecuente aceleración del procedimiento. Por otra parte, la competencia indirecta de los tribunales del Estado, cuando tanto el deudor como el acreedor están vinculados jurídicamente al mismo, está formalmente reconocida por el art. 7,2º de la Convención de 1973 para el reconocimiento y ejecución de las decisiones relativas a las obligaciones alimenticias.

Las reglas comprendidas en los arts. 4 a 6 son también aplicables en caso de revisión de una decisión anterior invocando un cambio de circunstancias, siendo lógicamente el deudor la parte esencialmente interesada en demostrar que no debe alimentar al acreedor que los reclama.

Entre ambas Convenciones podemos señalar las siguientes diferencias al respecto:

1ª).— La Convención de 1973, al contrario de la de 1956, es también aplicable cuando la ley designada por estas reglas es la de un Estado no contratante, por lo tanto tiene un carácter universal.

(39) Vid. *Les nouvelles conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires*. Clunet. 1974.

2ª).— En el sistema de la Convención de 1973, la residencia habitual del acreedor ha sido mantenida como factor principal de regulación.

3ª).— La Convención de 1973 también continúa inspirándose en el principio de la variabilidad del estatuto alimenticio.

4ª).— En la Convención de 1973 se sigue manteniendo el principio de la regulación subsidiaria, como en la Convención de 1956, pero con las modificaciones siguientes:

Para el supuesto de que el acreedor no pueda obtener los alimentos, en virtud de la ley de su residencia habitual, la remisión subsidiaria a la ley de la autoridad que conozca del asunto es pospuesta y reemplazada por las conexiones de los arts. 5 y 6 del Convenio, que reenvían en último caso a la ley interna del Estado, lo cual es una consecuencia del carácter universalista dado a la Convención de 1973, ya que sus autores han juzgado necesario crear un sistema de regulación uniforme, no admitiéndose reglas de conflicto convencionales y excluyendo pues las reglas de conflicto del derecho común.

El sistema se completa con la normativa especial de los arts. 7 y 8.

Art. 7: “En las relaciones alimenticias entre parientes por vía colateral o por afinidad, el deudor podrá oponerse a la pretensión del acreedor sobre la base de que no existe tal obligación en su ley nacional común o, a falta de nacionalidad común, en la ley interna de la residencia habitual del deudor”.

La cuestión de las obligaciones alimenticias entre colaterales y afines, fue objeto de abundantes discusiones en el curso de los trabajos preparatorios del Convenio de 1973 a causa de la diversidad de regímenes previstos en los derechos internos de los diversos sistemas jurídicos. Al quedar recogida y no excluida como es el caso de la Convención de 1956 en su art. 5,1:

“La presente Convención no se aplica a las relaciones de orden alimenticio entre colaterales”.

El régimen particular de la Convención de 1973 es fruto del compromiso entre las diferentes tendencias opuestas en los Delegados de La Haya. El art. 7 viene a prestarse a dar un juego ambivalente y complejo por su subsidiariedad con relación a la normativa comprendida en el artículo 4 a 6. Herzfelder ⁽⁴⁰⁾,

(40) *Opus cit.*, pág. 46.

oportunamente, ejemplariza de forma muy fehaciente con unos supuestos que vienen a ilustrar el funcionamiento del mecanismo contemplado en el referido art. 7. Como en Francia no se contemplan las obligaciones alimenticias entre colaterales y sí en cambio, en Italia.

a) Si un italiano reclama alimentos a su hermano, también de nacionalidad italiana, pero ambos residentes en Francia. El derecho italiano reconoce en principio la existencia de una obligación alimenticia entre colaterales, por lo que será aplicada en virtud del art. 5 de la Convención.

b) A la inversa, si son dos colaterales de nacionalidad francesa residentes en Italia, los alimentos se reclaman por uno hacia el otro, se puede oponer a tal prestación invocando la nacionalidad francesa común (art. 7).

c) La situación es diferente aun cuando se trata de colaterales que carecen de la misma nacionalidad, si uno reside en Italia y el otro en Francia. Si el que reside en Italia pide alimentos al otro, este último puede rechazar dicha pretensión invocando la ley francesa (ley de la residencia habitual). Y a la inversa, si el que reside en Francia entabla contra el otro una acción alimenticia ante el tribunal italiano, este último deberá aplicar la ley italiana a la obligación alimenticia según lo preceptuado en el art. 6 de la Convención de 1973.

Todo esto implica la realidad de que el art. 7 no se aplica jamás de pleno derecho y en realidad se ha configurado como una excepción o como una defensa de fondo, como lo indica Sauteraud ⁽⁴¹⁾.

En cuanto a las reglas contenidas en el art. 8:

“No obstante lo dispuesto en los artículos 4º a 6º, la ley aplicable al divorcio regirá las obligaciones alimenticias entre esposos divorciados y la revisión de las decisiones relativas a estas obligaciones, en el Estado contratante en que el divorcio haya sido declarado o reconocido.

El párrafo precedente se aplicará también a los supuestos de separación de cuerpos, nulidad o anulación de matrimonio”.

Tenemos que aducir en primer lugar, que el art. 8,1º no es aplicable sino exclusivamente a los *esposos divorciados*. Por lo que resulta que, en el caso

(41) Vid. SAUTEREAUD-MARCENAC, en *Comment obtenir le versement d'une pension alimentaire à l'étranger*. Gaz. 1973. Du nouveau en matière de recouvrement international des pensions alimentaires. 1977.

de un proceso de divorcio, las obligaciones alimenticias entre esposos estén reguladas por *una decisión provisional*, no se rigen por este art. 8 sino por la normativa contemplada en los arts. 4 a 6 de la Convención de 1973, puesto que estas decisiones provisionales no conciernen más que a las obligaciones alimenticias entre esposos durante el matrimonio y no, por lo tanto, derivadas del divorcio.

Además, la regla del artl 8,1º no es aplicable sino cuando el divorcio ha sido pronunciado o reconocido en el Estado contratante.

Por analogía, también es aplicable a los supuestos relativos a la separación de cuerpos, nulidad y anulación de matrimonio. Aunque hay que tener presente que el derecho común de la mayor parte de las legislaciones modernas somete las obligaciones alimenticias entre esposos divorciados, a la ley del divorcio y que al contrario, las reglas concernientes a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias entre esposos en caso de separación, nulidad o anulación de matrimonio presentan una cierta diversidad, que son objeto de controversias ⁽⁴²⁾.

La ley que según el art. 8,1º rige en un Estado contratante, las obligaciones alimenticias entre los esposos divorciados, así como la revisión de las decisiones relativas a estas obligaciones, es la ley aplicada al divorcio pronunciado o reconocido en el referido Estado. Aunque como bien indica Herzfelder ⁽⁴³⁾ se puede llegar a que el divorcio esté regido por la leyes de dos Estados diferentes como cuando en uno se presenta la demanda del marido y en otro, la de la mujer, situación que se puede presentar en caso de la aplicación de la regla del art. 17.3 del BGB alemán. Siendo dado que las obligaciones alimenticias entre los esposos divorciados no pueden se regidas sino por la ley material de un solo Estado, tal ley será designada por las reglas de conflicto del Estado donde el Derecho Internacional Privado ha determinado la ley aplicable al divorcio. La cuestión de la ley aplicable a la obligación alimenticia puede también plantearse cuando la ley aplicada al divorcio no conlleva las previsiones necesarias relativas a la obligación alimenticia entre los ex esposos. En la mayoría de los Estados, el divorcio presupone igualmente una decisión judicial, pero que puede ser contenciosa o no, o emanar también de una jurisdicción administrativa o religiosa. Pero, según ciertas legislaciones,

(42) Vid. MESTRE, en J.C.L. de Derecho Internacional Privado, 546 C. n° 544 ss. BELLET, en *Les Nouvelles Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires*. Clunet 1974.

(43) *Opus cit.*

el divorcio puede resultar también de un acto no judicial como puede ser un contrato o un repudio unilateral.

Los problemas relativos al reconocimiento de un divorcio intervenido en el extranjero o de un divorcio que es intervenido en un Estado contratante, aunque resulte de un acto donde la naturaleza o la forma no está conforme a las reglas del derecho interno de este Estado, son regidos por las reglas nacionales o convencionales de Derecho Internacional Privado que son aplicables.

III.2. El recurso a las Instituciones Públicas.

Con el art. 9 de la Convención de 1973:

“El derecho de una institución pública a obtener el reembolso de la prestación suministrada al acreedor se regirá por la misma ley a la que la institución está sujeta”.

Completado con el art. 10.3º:

“Los límites de la obligación del deudor, cuando la institución pública, que ha suministrado alimentos al acreedor, pida el reembolso de su prestación”.

Vemos por vez primera se crea una regla uniforme para regir el derecho de una institución pública para obtener el reembolso de una prestación alimenticia, exigida por ella a un indigente. Como afirma Herzfelder, se trata de una innovación particular importante. Porque el papel creciente en el mundo moderno de la cúpula social e internacional multiplica el número de casos o de personas en la necesidad de recibir prestaciones de una institución pública que procura obtener el reembolso de las personas obligadas a una obligación alimenticia.

El término institución pública es un resultado de los documentos preparatorios de La Haya y debe ser comprendido en un sentido amplio. Por lo que tal nación comprenderá, pues, en principio, no solamente las colectividades de derecho público (Estado, Diputación, Ayuntamiento) y los organismos, servicios y funcionarios públicos, comprendiendo a los agentes diplomáticos o consulares, sino también a las organizaciones internacionales y las organizaciones o empresas privadas consideradas como entidades de interés general.

El art. 9 por lo tanto, concierne a la institución pública, el derecho a solicitar el reembolso de la prestación suministrada al acreedor. En la mayoría

de los casos se tratará del derecho a solicitar tal reembolso al deudor de alimentos.

Tal derecho está previsto a menudo por la ley interna en favor de las colectividades públicas y de los organismos de ayuda social o de Seguridad Social⁽⁴⁴⁾.

En nuestro Código Civil, tenemos reseñado en el art. 148 in fine que:

“El juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades”.

También la institución pública puede tener el derecho de solicitar el reembolso de sus prestaciones al acreedor que las ha recibido si ha vuelto a una mejor fortuna; o a su sucesión. La ley que rige la institución pública puede ser determinada sin dificultades cuando se trata de instituciones públicas nacionales (las del Estado). Mientras que para las instituciones públicas internacionales, la determinación de la ley aplicable deberá ser buscada en las reglas competentes de Derecho Internacional Público o Privado.

Es probable que cuando se trate de un recurso de una institución pública, las reglas de la ley que según el art. 9 son aplicables, serán consideradas como reglas de derecho público según la calificación de la autoridad que conoce. Lo que no puede ser motivo de exclusión de la aplicación de dicho artículo ya que el mismo no contiene reserva alguna al respecto y que en caso contrario tendría un campo de aplicación bastante restringido. Y como indica Herzfelder⁽⁴⁵⁾ es ampliamente reconocido que (según lo establecido en 1975 por el Instituto de Derecho Internacional)

“...el carácter público atribuido a una disposición de derecho extranjero designado por la regla de conflicto no es obstáculo a la aplicación de estas disposiciones, bajo la reserva fundamental de orden público”.

En caso de recurso de la institución pública contra el deudor de alimentos, es necesario que se respete lo establecido en el art. 10,3º de la Convención.

(44) En derecho francés, el art. 14 de la Ley de 11 de julio de 1975 relativo al cobro de pensiones alimenticias; el art. 17 de la Ley belga sobre asistencia pública de 2 de abril de 1965; arts. 90 y 91 de la Ley federal alemana relativa a la ayuda social; art. 289 del Código Civil Suizo; arts. 13, 26 y 30 de la Ley austriaca sobre anticipos alimenticios.

(45) *Opus cit.*, pág. 65 ss.

Por lo que la institución no puede pedir al deudor el reembolso de las prestaciones concedidas al acreedor, sino en la medida en que han sido dadas por el deudor según la ley aplicable dispuesta en la Convención de 1973.

La institución no puede pedir ningún reembolso al deudor si, según esta ley, ninguna obligación alimenticia le incumbe en relación con el beneficiario de las prestaciones prestadas por la institución pública.

Como indica Herzfelder, es la ley reguladora de la institución pública la que puede apreciar la cuestión de saber si ella tiene el derecho de solicitar el reembolso de las prestaciones que ella ha suministrado al acreedor y cuál es el fundamento de este derecho. En este punto las diferentes legislaciones presentan una cierta diversidad. Pudiéndose distinguir dos sistemas diferentes según se trate de *una transmisión convencional o legal del crédito* sustituyendo la institución pública al acreedor alimenticio o bien que la ley reguladora de la institución pública *le confiere un derecho propio* al reembolso de las prestaciones que ha facilitado al acreedor.

De todas formas, en la medida en que la ley reguladora de la institución pública le confiere el derecho de solicitar el reembolso de las prestaciones facilitadas al acreedor, este derecho debe ser reconocido en cada Estado donde la Convención de 1973 es aplicable a la obligación alimenticia en cuestión bajo reserva del respeto a la regla del art. 10,3º y del orden público internacional.

III.3. Las reglas del art. II

En el art. II de la Convención de 1973 podemos contemplar dos reglas bien determinadas:

- a) Una regla relativa al orden público. (Art. II,1)
- b) Una regla de derecho material. (Art. II,2).

Art. II. “La aplicación de la ley designada por el Convenio sólo podrá eludirse cuando dicha ley sea manifiestamente incompatible con el orden público. No obstante, e incluso si la ley aplicable dispone otra cosa, en la determinación del montante de la prestación alimenticia deberán tenerse en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor”.

Ante la cada vez mayor incidencia de la importancia de las obligaciones alimenticias en el plano ético y social, se comprende fácilmente que en esta

materia los problemas de orden público estén de gran actualidad. Como señala Herzfelder ⁽⁴⁶⁾ hay que distinguir dos situaciones diferentes según que las autoridades de un Estado contratante hayan de decidir sobre el crédito alimentario o sobre el reconocimiento y ejecución de la decisión alimenticia llegada de la autoridad de otro Estado, pues no son los mismos, los criterios relativos a la incompatibilidad con el orden público.

Nos vamos a centrar en la primera de ellas, en los casos donde la autoridad de un Estado contratante debe decidir sobre la existencia o el alcance de una obligación alimenticia, donde es necesario examinar si el orden público internacional de este Estado es “manifiestamente incompatible” con la aplicación de la ley designada por la Convención de 1973 o eventualmente por la de 1956.

Art. 4º Conv. 1956: “La ley declarada aplicable por la presente Convención no puede ser rechazada más que si su aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado al que pertenece la autoridad que conoce del caso”.

Los problemas de orden público expuestos desde el punto de vista de la Convención de 1956 han sido objeto de abundantes análisis elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, especialmente las relativas a las obligaciones alimenticias en relación con los hijos ilegítimos ⁽⁴⁷⁾.

Ni que decir tiene que cada Estado contratante aplica las reglas de su propio derecho internacional privado autónomo a la cuestión de saber si, en cada caso, la ley designada por la Convención de 1973 o eventualmente la de 1956 es manifiestamente incompatible con el orden público.

Aunque también hay que tener presente que se admite generalmente que en el campo de aplicación de los tratados de Derecho Internacional Privado, el uso del recurso de orden público debe ser hecho con moderación y con discreción. Este principio ha sido reconocido puntualmente con respecto a la Convención de 1956 y debe ser respetado igualmente con respecto a la Convención de 1973. En efecto, según los términos formales del art. 4º de la Convención de 1956 y del art. II de la de 1973, la aplicación de la ley designada por ellas no puede ser descartada salvo si ella es manifiestamente incompatible con el orden público, disposición que por lo tanto implica una interpretación

(46) *Opus cit.*

(47) Vid. LOUSSOUARN y BOUREL, en *Droit International Privé*, 1978. SIMON-DEPITRE, en *Droit International Privé. Problemes actuels*. París 1964.

restrictiva del dominio del orden público. Como señala Herzfelder⁽⁴⁸⁾ hay que recordar por otra parte que según un principio reconocido generalmente en Derecho Internacional Privado, no se trata de apreciar la cuestión de incompatibilidad de la ley extranjera con el orden público del Estado contratante de una forma abstracta y general sino de examinar en cada caso concreto, el resultado de la aplicación de la ley extranjera si es compatible o no con el orden público.

En cuanto al párrafo segundo del art. II, el origen de esta regla de derecho material, está en relación con los hechos siguientes: Según el antiguo texto del art. 1.708 del BGB alemán, el montante de las prestaciones alimenticias dadas al hijo ilegítimo por su padre era determinado por la “*Lebensstellung*” es decir, por la situación social y económica de la madre, sin tener en cuenta la situación económica del padre. También un cierto número de tribunales no alemanes se pronunciaban sobre la cuestión de saber si esta regla de derecho alemán aplicable según la Convención de 1956 no era manifiestamente incompatible con el orden público de la autoridad que conozca. En este punto se pronunciaron en tal sentido muchas sentencias del oberster gerichtshof austriaco⁽⁴⁹⁾, declarando que se tenía que tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Y al contrario, en decisiones ulteriores se declaró que después del método de apreciación abstracta que se estimó aplicable en estos casos, la referida regla alemana no debía ser considerada como incompatible con el orden público austriaco. Esta toma de posición se explica sobre todo por el hecho que en materia de ejecución forzada los derechos austriacos y alemanes ofrecen ciertas posibilidades de tener en cuenta los recursos del deudor y de la jerarquía de los acreedores de alimentos.

Por razones análogas, la jurisprudencia suiza ha llegado igualmente a la constatación que el antiguo art. 1.708 del BGB no era incompatible con el orden público suizo. Mientras que la jurisprudencia holandesa es bastante interesante en este punto, ya que el derecho holandés no contiene reglas análogas a las del derecho alemán relativas a la protección del deudor y la jerarquía de los acreedores de los alimentos. Y para evitar la intervención del orden público contra la aplicación del antiguo art. 1.708 BGB, los tribunales holandeses han encontrado la siguiente solución: Según la referida regla de derecho alemán, es la situación social y económica de la madre la que determina el montante de los alimentos dados por el padre al hijo ilegítimo. Pero, las reglas del

(48) *Opus cit.*, págs. 50 ss.

(49) Vid. BOHMER/SIEHR, en *Das gesamte Familienrecht*, Band 2.

derecho alemán procesal aplicables en materia de ejecución forzosa piden tener en cuenta igualmente los recursos del deudor. Para obtener un resultado conforme al espíritu del sistema alemán, es necesario fijar el montante de las prestaciones alimenticias dadas al hijo ilegítimo por el padre, teniendo en cuenta también los recursos de este último. Hay que señalar que para llegar a esta solución interesante, la jurisprudencia holandesa ha recurrido al procedimiento de la adaptación que le ha permitido llegar a una calificación funcional de un conjunto de reglas materiales y procesales de derecho alemán ⁽⁵⁰⁾.

En Francia, el principio establecido por el art. 208 del Código Civil, según el cual los alimentos deben ser fijados en función de las necesidades del acreedor y de los recursos de las dos partes, depende del dominio del orden público. Por lo que la antigua disposición del art. 1.708 BGB ha sido pues declarada incompatible con el orden público francés en la medida en que la aplicación de esta regla del derecho alemán no permite tener en cuenta la situación económica del padre del niño.

A causa de la reforma del derecho alemán, por la ley sobre la situación jurídica de los hijos ilegítimos (Niehtehelichen-Gesetz) de 19 de agosto de 1969, en vigor desde el 1 de julio de 1970, los problemas que la aplicación de la antigua regla del art. 1.708 BGB supuesto a la jurisprudencia no alemana, no tiene ya un interés práctico.

Para evitar, pues, los inconvenientes que estas reglas pueden causar a los tribunales y esencialmente, para evitar en lo más posible, los problemas que ellas promueven, del área del orden público, se ha estimado útil insertar en la Convención de 1973 la regla del art. II,2, que como ya se ha dicho, es una regla de derecho material o más exactamente, una regla de derecho internacional privado material.

En lo que concierne a las necesidades del acreedor, parece acertado que deben de ser determinadas no de una forma abstracta, sino teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso en especial. En toda demanda se ha de tener en cuenta, las necesidades del acreedor y los recursos del deudor (art. II,2) que no comprende el principio de proporcionalidad, que queda concretado en el derecho interno de los diferentes sistemas jurídicos, como es el caso del art. 2.081 del Código Civil francés o en nuestro Código Civil, en los arts. 146 y 147.

(50) Vid. HERZFELDER, *opus cit.*, pág. 52 ss.

Art. 146. “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”.

Art. 147. “Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”.

Puede establecerse el problema de la intervención del orden público en aquellos casos donde el principio de la proporcionalidad es recogido por la ley del Estado contratante, pero no por la ley designada por la Convención.

También tenemos que tener presente que no sólo el alcance sino el principio mismo de una pensión alimenticia puede cambiar y tiene pues como resultado, el principio de la revisabilidad o de la variabilidad de las pensiones alimenticias, principio que permite a los interesados obtener en caso de cambio de las circunstancias, la adaptación de sus rentas alimenticias a la nueva situación.

Principio que queda reseñado en nuestro derecho interno en el ya referido art. 147 del Código Civil y en los arts. 93, 97 y 100, introducidos con la ley sobre el divorcio de 7 de julio de 1981 ⁽⁵¹⁾.

En caso de cambiar las circunstancias, tanto los acreedores como los deudores tienen el derecho por lo tanto, de la revisión de las decisiones, tanto judiciales como administrativas, carácter revisable de las pensiones alimenticias no sólo reconocido por el derecho español sino también por la mayoría de las legislaciones ⁽⁵²⁾.

En cuanto a la Convención de 1973 hay que tener también presente la regla del art. 8,1º que estipula que “la ley aplicable al divorcio regirá las obligaciones alimenticias entre esposos divorciados y la revisión de las decisiones relativas a estas obligaciones, en el Estado contratante en que el divorcio haya sido declarado o reconocido”.

“El párrafo precedente se aplicará también a los supuestos de separación de cuerpos, nulidad o anulación de matrimonio”.

(51) Art. 100. *Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuges.*

(52) Vid. arts. 323, 641 a 643, 1.612 y 1.615 BGB del derecho alemán; art. 286 del Código Civil Suizo; art. 401 C. Civil holandés; art. 440 C. Civil italiano.

Muchos sistemas aplican el principio de la variabilidad o de la cláusula rebus sic stantibus a otros títulos ejecutivos y más generalmente a los acuerdos privados relativos a las pensiones alimenticias, en cambio, las legislaciones presentan divergencias en lo concerniente al *carácter imperativo* de la variabilidad de las pensiones alimenticias, así por ejemplo su exclusión contractual es admitida en principio en Alemania Federal, pero no en Francia.

IV. LOS CONFLICTOS DE CONVENCIONES

IV.I Cuestiones generales

Al hablar de conflictos de convenciones tenemos que afirmar necesariamente, que estamos ante una materia donde el estudio sistemático es relativamente reciente. Una materia impregnada de aguda complejidad donde un sector de la doctrina ha realizado profundos estudios al respecto, especialmente el profesor Majoros⁽⁵³⁾, Volken⁽⁵⁴⁾ y Sigaudy⁽⁵⁵⁾.

No vamos a entrar con la misma intensidad en esta temática, pues desbordaría el marco del presente estudio, aunque sí creemos necesario abordar algunas consideraciones generales que a nuestro juicio podrían constituir unas líneas de orientación importantes. Como bien lo indica Herzfelder⁽⁵⁶⁾, lo que caracteriza a los conflictos de convenciones en materia de Derecho Internacional Privado, es el hecho de que en un mismo Estado y ante un problema a resolver, existan dos o más tratados, ya sean multilaterales o bilaterales, que están en vigor en el mismo y que comprenden reglas aplicables en principio al referido problema. Existiendo, pues, incompatibilidad entre las reglas de cada uno de los tratados vigentes, se trata de *determinar la prioridad en la aplicación de los mismos*. Una problemática cada vez más frecuente en Derecho Internacional Privado por la mayor proliferación de convenciones internacionales que hacen proclives los conflictos de normas convencionales concurrentes. Como señala Volken⁽⁵⁷⁾, siempre es necesario el examen de si existe un auténtico conflicto de convenciones, es decir, si el tratado de Derecho Internacional en cuestión comporta unas disposiciones que están en contradicción y que son hasta

(53) Vid. *Les Conventions internationales en matière de droit privé*. 1980.

(54) Vid. *Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht*. Zürich 1977.

(55) Vid. *Les Conventions relatives à une obligation alimentaire*. París 1968.

(56) *Opus cit.*

(57) *Opus cit.*, pág. 236 ss.

incompatibles con las disposiciones que sobre la misma materia forman parte de otro u otros tratados del género.

Para ello es importante el examen del campo de aplicación material, personal y temporal de las diferentes normas en cuestión, para saber si las mismas, son de verdad, concurrentes.

IV.2 Las convenciones de 1956 y 1973.

Lo primero que tenemos que afirmar es la radical diferencia entre ambas, en lo que respecta a que si bien la Convención de 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de los hijos no contiene disposiciones relativas a los conflictos de Convenciones, en cambio, la Convención de 2 de octubre de 1973 *sí contiene* en sus arts. 18 y 19 disposiciones importantes al respecto:

Art. 18: “Este Convenio, en las relaciones entre los Estados Partes, sustituirá al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, concluido en La Haya el 24 de octubre de 1956.

No obstante, el párrafo anterior no se aplicará al Estado que, por la reserva prevista en el artículo 13, haya excluido la aplicación del presente Convenio a la obligaciones alimenticias respecto de los menores de veintiún años que no hayan estado casados”.

Art. 19: “El Convenio no afectará a los instrumentos internacionales de los que un Estado contratante sea parte, ahora o en el futuro, y que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio”.

En el art. 18 se hace mención concreta a la sustitución del Convenio de 1956 por el de 1973, en las relaciones entre los Estados en cuanto a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores. Aunque contiene la excepción relativa a las obligaciones alimenticias en relación a menores de veintiún años que no hayan estado casados, en base a la reserva prevista en el art. 13 del Convenio de 1973. (De conformidad con el artículo 24, todo Estado contratante podrá reservarse el derecho de aplicar el Convenio sólo a las

obligaciones alimenticias: 1 Entre esposos y ex esposos. 2 Respecto de una persona menor de veintiún años que no haya estado casada ⁽⁵⁸⁾).

En el artículo 19 de dicho Convenio, se recoge que el Convenio no afectará a los instrumentos internacionales de los que un estado contratante sea parte “ahora o en el futuro” y que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio. Desde luego, pueden surgir conflictos, como indica Herzfelder ⁽⁵⁹⁾ cuando un Estado que es parte de la Convención de 1956, ratifica la Convención de 1973 sin hacer la reserva contenida en el art. 13,1º del referido texto legal ya reseñado anteriormente y relativo a los casados menores de veintiún años, lo que dará lugar a un conflicto de Convenciones en cuanto a la ley aplicable en las obligaciones alimenticias para los menores en aquellas relaciones entre dicho Estado de una parte y los Estados donde la Convención de 1956 está vigente y no se han adherido a la Convención de 1973 o que se han adherido a la misma pero haciendo la reserva recogida en el referido art. 13,1º por otra.

Pueden pues surgir, en base a lo reseñado en los arts. 18 y 19 de la convención de 1973, las siguientes hipótesis:

1º) En un Estado que no es parte de la Convención de 1956 y que se ha adherido a la Convención de 1973 sin hacer la reserva del art. 13,1º: *La Convención de 1973 se aplica sólo a las obligaciones para con los menores* (en el sentido de la Convención de 1956).

2º) En un Estado que es parte de la Convención de 1956 y que no ha puesto en vigor la Convención de 1973, o que se ha adherido haciendo uso de la reserva del art. 13,1º: *La Convención de 1956 permanece en vigor*, ya que esta Convención sólo es aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a los hijos. (Art. 19 de la Convención de 1973).

(58) Art. 24: *Hasta el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, todo Estado podrá formular una o varias de las reservas previstas en los artículos 13 a 15. Ninguna otra reserva será admitida.*

De igual modo, todo Estado, al notificar una extensión del Convenio conforme al artículo 22, podrá formular una o varias de tales reservas con efectos limitados a los territorios o a algunos de los territorios a que se refiere la extensión. En cualquier momento, todo Estado contratante podrá retirar una reserva que hubiera hecho. Esta retirada será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

El efecto de la reserva cesará el día 1 del tercer mes siguiente a la notificación mencionada en el párrafo precedente.

(59) *Opus cit.*

3º) Un Estado donde la Convención de 1956 está en vigor, se adhiere a la de 1973 sin hacer la reserva del art. 13,1º; *aplicará esta última también para las obligaciones alimenticias relativas a los menores*. Pero está obligado a aplicar a esta categoría de obligaciones alimenticias, *la Convención de 1956 en los asuntos con Estado donde esta Convención está en vigor* y que no se ha adherido al Convenio de 1973 o que adhiriéndose al mismo, ha realizado la reserva del art. 13,1º.

4º) Un Estado que ha ratificado el Convenio de 1973 sin ser parte del de 1956 *puede adherirse a este último si ha hecho la reserva del art. 13,1º del Convenio de 1973*. Si no ha hecho tal reserva, su adhesión al Convenio de 1956, incompatible con su adhesión anterior al Convenio de 1973, sería considerada como ineficaz.

Las disposiciones reseñadas en los artículos 18 y 19 de la Convención de 1973 permitirán resolver los conflictos de normas entre las dos Convenciones, por ejemplo en el caso de derecho transitorio, con la adhesión a la Convención de 1973 de un Estado donde la Convención de 1956 está vigente. Pero las dudas de interpretación subsisten sobre todo en la siguiente cuestión:

El artículo 18,1º dispone que la Convención de 1973 sustituye “entre los Estados que son partes” a la Convención de 1956, las derogaciones de esta regla deben ser retiradas de las disposiciones del art. 18,2 y del 19.

Como señala Herzfelder, se impone la interpretación restrictiva del texto del art. 18 para limitar en la medida de lo posible las complicaciones y los inconvenientes que se pueden provocar, tomándose como una solución aceptable, la siguiente:

Las dos Convenciones tienen como fin esencial el determinar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y en las dos Convenciones, es la ley de *la residencia habitual del acreedor* quien determinará la ley aplicable a las obligaciones relativas al menor en la gran mayoría de los casos. Aunque, de todas formas, el juez del Estado Contratante donde las dos Convenciones entren en vigor, no aplicará la Convención de 1956 cuando la ley aplicable a la obligación alimenticia es designada por el art. 3 de la referida Convención.

En este caso, aplicará las reglas de la Convención de 1973, ya que constituyen las normas de conflicto a los que el art. 3 de la Convención de 1956 reenvía, descartando sus propios puntos de conexión.

Para desviarse de los problemas concernientes a los conflictos entre las dos Convenciones, el Estado que es parte de la Convención de 1956 y ha ratificado la de 1973 sin hacer la reserva del art. 13,1º tendrá interés en denunciar la Convención de 1956, conforme a su artículo 12.

En cuanto a los conflictos que pueden producirse entre los Convenios de 1956 y 1973 y otros tratados internacionales que comportan reglas relativas a las obligaciones alimenticias, tenemos que señalar las siguientes consideraciones:

1º) Con la Convención de la ONU para la reclamación de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956, que señala en su art. 6,3º que la ley reguladora de dicha acción y todas las cuestiones conexas, *es la ley del Estado del deudor*.

2º) La Convención de la Unión Nórdica de 6 de febrero de 1931 (Modificada el 26 de marzo de 1953) contiene algunas disposiciones de derecho internacional privado sobre el matrimonio, la adopción y la tutela, concluida por Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia. Los arts. 7 y 9 designan la ley que, en caso de divorcio o separación de los esposos, es aplicable a las obligaciones alimenticias entre esposos y entre padres e hijos. Esta Convención no es aplicable sino cuando el acreedor y el deudor de los alimentos poseen la nacionalidad de uno de los Estados contratantes y tienen en él su domicilio. Según las reglas de esta Convención, la ley que rige las obligaciones alimenticias está determinada por la nacionalidad, por el domicilio de los padres o, ciertamente, por el domicilio del deudor. Si la Convención de 1973 estuviera en vigor en uno de los Estados de la Unión Nórdica, podría producirse un conflicto entre las dos Convenciones en estos Estados. Y sería resuelto por la cláusula de compatibilidad permisiva del art. 19 de la Convención de 1973 en favor de la Unión Nórdica. Mientras que si dos Estados de esta Convención se adviniesen a la Convención de 1956, los conflictos que se pudieran producir en ambos Estados entre las dos Convenciones serían más difíciles de resolver puesto que ninguna de ellas contiene una regla de compatibilidad.

3º) Con la Convención de 5 de octubre de 1961, relativa a la competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, pudiendo producirse conflictos con las de

1956 y 1973, cuando es menor el acreedor de alimentos en cuanto a los conflictos de normas relativas a la representación legal. Y es que según el art. 18,2 de la Convención de 1961, como cláusula permisiva, no se opone pues a la aplicación de la Convención de 1956. Pero según la interpretación dada en general a este artículo, la situación es diferente cuando se trata de tratados que entran en vigor en un Estado contratante más tarde que la Convención de 1961.

Se estima que la prioridad no puede serle conferida sino a la medida en que no atente a los derechos de los otros Estados partes de la Convención de 5 de octubre de 1961. Bajo esta reserva, con relación a esta Convención, la prioridad podría serle dada a la Convención de 1973 que, a su vez, según el art. 19, no deroga la Convención de 5 de octubre de 1961. Pero esta solución es fuertemente contestada por la doctrina, especialmente por Herzfelder, que entiende que la prioridad debe serle conferida a la Convención de 1973 según la máxima de que la ley especial deroga a la general. Y que de todas formas, la aplicación de las dos Convenciones a la representación legal del acreedor alimenticio exige una interpretación restrictiva. Que en el caso donde la Convención de 5 de octubre de 1961 es descartada por la Convención de 1956 o la de 1973, para regir la representación legal del acreedor, la aplicación de la ley así designada por la convención competente no es exclusiva ya que si aquélla es más favorable para el ejercicio de los derechos alimenticios del acreedor, esta ley debe ser apartada en favor de la ley aplicable en materia de representación legal en el Estado contratante según las reglas del derecho común o de otro instrumento internacional.

V. CONCLUSIONES

Tenemos que afirmar que es la vía convencional el medio más adecuado de solución de la problemática relativa a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, como factor de armonización internacional frente al agudo particularismo de los sistemas internos de reglamentación.

Constituyen las dos Convenciones de La Haya analizadas en el presente trabajo, el medio actual más adecuado y progresivo, no sólo porque estipulan una concepción autónoma de las obligaciones alimenticias sino que además

fijan como conexión principal, la residencia habitual del acreedor, lo que comporta más ventajas que inconvenientes en el momento de la regulación de la cuantía y la responsabilidad de la prestación de la obligación alimenticia.

Al ser ambas Convenciones ratificadas por España, forman parte de nuestro derecho positivo. Lo que conduce a que tengamos dos sistemas de determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias: el convencional y el interno. Este último, esencialmente difiere del anterior en que, a pesar de usar una misma norma de conflicto compleja con tres conexiones alternativas y subsidiarias, se invierte la jerarquía de las referidas conexiones, lo que vendría a producir entre ambos, soluciones lógicamente contrapuestas.

Aunque en la práctica, es prácticamente nula la aplicación de la normativa interna española al respecto, normativa comprendida en el art. 9,7 del Código Civil. Por un lado, al quedar sujeto a un carácter residual de la vía convencional vigente; y por otro, las situaciones jurídicas particulares que encuentran en España una normativa especial interna, prioritariamente aplicable como son los supuestos de divorcio (art. 107 del C. Civil), tutela o legado (Arts. 9,6 y 9,8 del C. Civil) o una obligación alimenticia con base contractual. (Art. 10,5 del C. Civil).

Las Convenciones de La Haya, si bien la de 1956 se centra en las obligaciones alimenticias entre relaciones paternofiliales, la de 1973 amplía el campo de aplicación a las relaciones de familia en general, excluyéndose las prestaciones compensatorias como efecto de la ruptura matrimonial y el campo de aplicación posible relativo a las uniones puramente consensuales o uniones libres, con las cuestiones que se pueden plantear ante posibles reclamaciones de prestaciones alimenticias.

Tampoco son aplicables las referidas Convenciones, a las obligaciones alimenticias contractuales, excluidas en la misma normativa convencional, al prescribir su concreción, exclusivamente, en las obligaciones alimenticias ex lege y cuando la relación familiar constituye el esencial elemento de fundamentación.

La Convención de 1973, aparte de su carácter universal, amplía su campo de aplicación a las obligaciones alimenticias entre colaterales y afines, aunque tal progresiva medida alcance en la práctica un carácter de excepción por su subsidiariedad ante la normativa recogida en los arts. 4 a 6 de la referida Convención.

Asimismo, constituye una importante innovación la recogida en la Convención de 1973, en cuanto al derecho de una institución pública a obtener el reembolso de una prestación alimenticia efectuada por aquélla al acreedor de alimentos. Derecho que debe ser reconocido en cada Estado donde la Convención de 1973 está vigente.

También es progresiva la normativa del art. 12 de la Convención de 1973, que regula los posibles problemas de derecho transitorio que se pueden suscitar.

En definitiva, ambas Convenciones, pero especialmente la de 1973, ha mejorado sensiblemente el régimen convencional en materia de obligaciones alimenticias. Lo importante es que los Convenios sean puestos en vigor, en la gran mayoría de los Estados y que éstos utilicen lo menos posible el derecho a realizar reservas a los mismos.

Marzo de 1990

EL ARBITRAJE EN LA LEY DE 5 DE DICIEMBRE DE 1988

JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ

ABOGADO

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL CONVENIO ARBITRAL: ÁRBITROS Y FORMALIZACIÓN JUDICIAL DEL ARBITRAJE.
- III. PROCEDIMIENTO ARBITRAL; LAUDO Y RECURSO DE ANULACIÓN.
- IV. EJECUCIÓN DEL LAUDO.
- V. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de Arbitraje de 1988⁽¹⁾ ha venido a sustituir la Ley de 22 de diciembre de 1953⁽²⁾ por la que se regulaban los arbitrajes de derecho privado⁽³⁾ ⁽⁴⁾. Sin lugar a dudas, la derogada Ley de 22 de diciembre de 1953, con el transcurso del tiempo, no constituía la normativa más idónea para solventar las cuestiones propias del tráfico jurídico-mercantil y, de esta forma, los redactores de la nueva Ley señalan en la Exposición de Motivos que “la sustitución del régimen jurídico del arbitraje de Derecho Privado vigente viene siendo reclamada desde diversos sectores y corporaciones. La Ley de 22 de diciembre de 1953 supuso un innegable avance sobre la situación existente con anterioridad. Sin embargo, la Ley de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de Derecho Civil en el más estricto sentido de la palabra: la práctica ha demostrado, en cambio, que dicha Ley no sirve para solucionar mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional”. Por tanto, como afirma SERRANO ALONSO, “la propia Exposición de Motivos de la Ley de 5 de diciembre de 1988 se autojustifica por una parte por el insatisfactorio resultado práctico que se obtuvo con la Ley de 22 de diciembre de 1953 sobre Arbitrajes de Derecho Privado y por otra por la conveniencia de establecer el cauce adecuado para hacer efectivo los sistemas de conciliación y arbitraje que diversas leyes establecen como cauce

(1) BOE de 7 de diciembre de 1988.

(2) Para una mayor profundización sobre la nueva Ley de Arbitraje ACOSTA ESTÉVEZ, J.: *Aspectos jurídico-procesales de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje*, en Revista General de Derecho (en prensa); CREMADES, B.: *España estrena nueva Ley de Arbitraje*, en La Ley, 1989, núm. 2.197; Id. *L’Espagne étrenne une nouvelle loi sur l’arbitrage*, en Revue de l’Arbitrage, 1989, núm. 2; GARCÍA SOLÉ, F.: *La nueva Ley de Arbitraje*, en Revista General de Derecho, 1989, núms. 538-539; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*, en La Ley, 1989, núm. 2.214; MARÍN LÓPEZ, A.: *La ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros: la Ley 36/1988 de 5 de diciembre*, en La Ley, 1989, núm. 2.207; O’CALLAGHAN, X.: *El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre*, en Actualidad Civil, 1989, núm. 1; ORTIZ NAVACERRADA, S.: *La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales*, en Actualidad Civil, 1989, núm. 2; SERRANO ALONSO, E.: *El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre*, en Actualidad Civil, 1989, núm. 8.

(3) PRIETO CASTRO, L.: *La Ley de Arbitraje del 5 de diciembre de 1988*, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1989, núm. 3, págs. 7 y ss. Ver las reflexiones críticas realizadas por este profesor.

(4) O’CALLAGHAN, X.: *El contrato...*, cit., pág. 4. Señala este profesor que la nueva Ley carece de la coherencia y categoría jurídica que tuvo la de 1953.

voluntario para resolver litigios de ellas derivados; así la Disposición adicional primera núm. 1 de la nueva Ley declara aplicables sus normas a los actos de conciliación o a los arbitrajes expresamente recogidos en el artículo 31 de la Ley de Defensa de los Consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984; al previsto en el artículo 34.2 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984; al establecido en el mismo sentido por la Ley de Ordenación del Transporte terrestre de 30 de julio de 1987 y al recogido en el artículo 143 de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987”⁽⁵⁾.

La nueva Ley de Arbitraje se articula en torno a 63 artículos que sistemáticamente se distribuyen en diez títulos, a saber: Título I, *Disposiciones generales* (arts. 1 a 4); Título II, *Del convenio arbitral y sus efectos* (arts. 5 a 11); Título III, *De los árbitros* (arts. 12 a 20); Título IV, *Del procedimiento* (arts. 21 a 29); Título V, *Del laudo arbitral* (arts. 30 a 37); Título VI, *De la intervención jurisdiccional* (arts. 38 a 44); Título VII, *De la anulación del laudo* (arts. 45 a 51); Título VIII, *De la ejecución forzosa del laudo* (arts. 52 a 55); Título IX, *De la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros* (arts. 56 a 59); Título X, *De las normas de Derecho internacional privado* (arts. 60 a 63). Finalmente, la citada Ley incluye una serie de *disposiciones adicionales* y una *disposición transitoria* para concluir con una *disposición derogatoria*.

En este punto debemos observar que los principios fundamentales contenidos en el texto de la nueva Ley son los siguientes: a) el convenio arbitral ha venido a sustituir la distinción existente en la derogada Ley de 1953 entre contrato preliminar de arbitraje y contrato de compromiso; b) el convenio arbitral es susceptible de configurarse tanto como un contrato principal —autónomo—, como una cláusula accesorio; c) libertad de forma; d) reconocimiento del llamado arbitraje institucional; e) existencia de un sistema de formalización judicial de arbitraje cuya única función es la designación de los árbitros y f) desaparición de los recursos de casación y de nulidad concedidos por la Ley de 1953 contra los laudos de derecho y de equidad, por una parte, y aparición de un recurso de anulación del laudo ante la Audiencia Provincial, por otra.

En consecuencia, podemos observar que los redactores de la nueva Ley han conseguido en parte superar alguna de las numerosas críticas formuladas

(5) SERRANO ALONSO, E.: *El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988*, en *Actualidad Civil*, 1989, núm. 8, pág. 514.

por la doctrina sobre la Ley de 1953 ⁽⁶⁾ ya que, la nueva Ley pretende actualizar la normativa patria en la materia y, por ende, potenciar “la institución arbitral en respuesta a una demanda social cuya razón última habría de buscarse quizá, más que en exigencias de justicia estricta o en conveniencias de orden técnico, en el estado nada halagüeño de nuestra actual Administración de Justicia”. En definitiva, entendemos que el “ámbito de los conflictos posibles entre los miembros de la comunidad” es la realidad social a la que responde el arbitraje pues, sin lugar a dudas, éste se configura “como medio de sustituir la actuación de los Tribunales internos de cada Estado por una actividad privada, sujeta a menos formalidades, y con economía de tiempo y gastos”.

II. EL CONVENIO ARBITRAL: ÁRBITROS Y FORMALIZACIÓN JUDICIAL DEL ARBITRAJE

Según el artículo 1 de la vigente Ley de 1988, mediante la institución arbitral, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que pueden surgir, en materia de su libre disposición conforme a derecho. Seguidamente, el artículo 2 de este mismo cuerpo legal dispone, por vía negativa, las cuestiones y materias que no podrán ser objeto de este instituto, a saber: las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución; las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición y, finalmente, las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos. También quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los llamados arbitrajes laborales. Por tanto, la Ley regula el arbitraje civil y mercantil.

(6) CREMADES, B.: *La panorámica española del arbitraje comercial internacional*, en “Escritos...”, cit., pág. 107. Entiende este autor que el texto contenido en la derogada Ley de 1953 suponía “un verdadero freno para el desarrollo del arbitraje en la vida jurídica española”. Esta afirmación encontraba su razón de ser en las siguientes circunstancias: a) exclusión de los arbitrajes de Derecho público; b) El posible arbitraje de las Cámaras de Comercio se encontraba al margen de la citada Ley; c) necesidad de formalizar ante notario o mediante decisión judicial el compromiso arbitral ya que, en caso contrario, la cláusula arbitral o el contrato preliminar quedaba sin efecto; d) existencia de una presunción legal en favor del arbitraje de derecho cuando las partes no especifiquen expresamente la forma en que deba desarrollarse el arbitraje; e) marcado carácter judicialista del proceso arbitral; f) total omisión respecto al arbitraje internacional, etc.

El *convenio arbitral* se configura como el instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición. Se trata de un “acuerdo de voluntades entre dos o más personas por el cual deciden someter una cuestión litigiosa entre ellas existente o que pueda surgir en el futuro, a la decisión de uno o varios árbitros, cuya resolución expresamente declaran acatar excluyendo inicialmente la intervención judicial en la solución de tal controversia”⁽⁷⁾. Por ello el arbitraje se presenta como un convenio entre partes al que es aplicable la normativa general de los contratos⁽⁸⁾ en relación con los elementos necesarios para su validez⁽⁹⁾.

El convenio arbitral deberá contener de modo inequívoco la voluntad expresa de las partes de someterse al arbitraje y de cumplir el laudo (arts. 5.1 y 37). Convenio que podrá concertarse por acuerdo independiente entre las partes o como cláusula incorporada a un contrato principal. En todo caso, la nulidad del contrato principal no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio (art. 8). También será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo estipule para solucionar las diferencias entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones referidas a la administración o distribución de la herencia.

La formalización del convenio arbitral deberá realizarse por *escrito* (art. 6). Ahora bien, a pesar de ser éste un elemento esencial del mismo, queda a la libre elección de las partes la forma de escritura —pública o privada—.

La *capacidad* de los sujetos para celebrar el convenio arbitral, ante el silencio legal, vendrá determinada por la capacidad general para obligarse y por la libre disposición sobre las materias que van a someter a la institución arbitral. Por tanto, las partes deberán tener capacidad general para contratar —capacidad de obrar— y poder de disposición sobre la materia para poder estipular el convenio que instituye el arbitraje.

El *objeto* sobre el que recae el arbitraje es la *controversia*, presente o futura, existente entre las partes. En todo caso, la controversia debe ser jurídica, real, presente o futura y relativa a materia de Derecho privado sobre la que las personas tengan poder de disposición.

(7) SERRANO ALONSO, E.: *El arbitraje en la ley de 5 de diciembre de 1988*, en *Actualidad Civil*, 1989, núm. 8, pág. 515.

(8) O'CALLAGHAN, X.: *El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*, en *Actualidad Civil*, 1989, núm. 1, pág. 4.

(9) SERRANO ALONSO, E.: *El arbitraje...*, cit., págs. 515 y 516.

Podemos observar cómo el legislador ha introducido una serie de novedades en el ámbito regulador del convenio arbitral: el principio de libertad formal, el principio de separabilidad del convenio accesorio de un contrato principal y, por último, la posibilidad de que las partes defieran a un tercero el nombramiento de los árbitros llamados a dirimir la controversia (arbitraje institucional). Así pues, una de las innovaciones recogidas en el texto de la Ley es la posibilidad de que las personas jurídicas puedan actuar como árbitros ⁽¹⁰⁾.

El Título III de la Ley se refiere a los árbitros y regula su capacidad, sus incompatibilidades, su abstención y su recusación. Pues bien, podrán ser árbitros aquellas personas naturales o jurídicas, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, a las que las partes del convenio conceden la facultad de resolver una determinada cuestión litigiosa entre ellas existente. Por tanto, los árbitros son terceros al convenio y, por extensión, a la cuestión litigiosa; en consecuencia, al no ser sujetos del convenio, no contraen ningún tipo de obligación a éste y sólo tienen la obligación de ejercer el arbitraje a partir de la aceptación. Aceptación que obliga a los árbitros a cumplir su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa (art. 16.1) y, como contraprestación, salvo pacto en contrario, los árbitros podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender sus honorarios y los gastos que puedan producirse en la administración del arbitraje (art. 16.2).

La *designación y determinación* de los árbitros corresponderá a las partes del convenio arbitral o, en su caso, éstas podrán ceder tal facultad a un tercero que llevará a cabo la designación de los mismos (art. 9.2). Añadir que, a tenor del apartado 3 del artículo 9, será nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros. Por tanto, los árbitros pueden ser nombrados en el convenio arbitral (art. 9.1) de forma nominativa o por referencia; ahora bien, según este mismo precepto, si las partes no hubieren pactado al respecto podrán complementar, en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios, el contenido del convenio referido a este extremo. También las partes podrán

(10) Ahora bien, no toda persona jurídica esta capacitada para realizar un arbitraje ya que, según el artículo 10, las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento a: corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales y asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. Además, según el apartado 2, la corporación o asociación de derecho público deberán protocolizar notarialmente sus reglamentos arbitrales.

deferir a un tercero, ya sea persona física o jurídica, la designación y, por último, en defecto de las designaciones anteriores cabe la *formalización judicial* del arbitraje o designación de los árbitros a instancia judicial (art. 38).

Los órganos de la jurisdicción ordinaria serán los encargados de realizar la formalización judicial del arbitraje y, en concreto, será competente el juez de primera instancia (art. 39.1) que, en todo caso, deberá proceder en conformidad a las formalidades previstas para el juicio verbal (art. 39.3). En cuanto a la competencia territorial, será competente el juez de primera instancia del lugar donde deba dictarse el laudo; en su defecto, a elección del actor, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados (art. 39.1). Ahora bien, como afirma ORTIZ NAVACERRADA ⁽¹¹⁾, tales fueros deben considerarse prorrogables ya que nada se determina en forma expresa contra el criterio general, y asimismo aplicable el régimen común sobre cuestiones de competencia.

Si las partes no se pusieren de acuerdo con la designación de los árbitros, se procederá a instancia de cualquiera de los interesados a la formalización judicial del arbitraje (art. 38.1); esto es, podrá ser actor, e instar la designación judicial, cualquiera de las partes del convenio. Por tanto, para que pueda darse la formalización judicial es necesaria la concurrencia de una serie de circunstancias, a saber: a) solicitud a instancia de parte interesada; b) desacuerdo entre las partes a la hora de designar los árbitros, y c) no cabe la formalización judicial en los casos de designación directa de los árbitros por las partes y todos o alguno de ellos no aceptase o se imposibilitasen para emitir el laudo ya que, en estos supuestos, salvo que las partes lleguen a un acuerdo, quedará expedita la vía judicial para la resolución de la controversia (art. 38.2).

El procedimiento se sustanciará conforme a los trámites del juicio verbal ⁽¹²⁾ pero con una peculiaridad propia: la inclusión en la comparecencia de una invitación del juez a las partes para ponerse de acuerdo sobre la designación de los árbitros (art. 41.1). El juicio verbal es un proceso oral regido por los principios de *concentración* e *inmediación* que transcurre a través de una fase escrita preparatoria y una fase de sustanciación verbal. El juicio se inicia con la presentación de una “demanda” carente de todo formalismo y

(11) ORTIZ NAVACERRADA, S.: *La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales*, en *Actualidad Civil*, 1989, núm. 2, pág. 155.

(12) La vigente Ley, a diferencia de la de 1953, no establece la expresa exigencia de Abogado y Procurador pues, salvo algunas alusiones contenidas en los artículos 40 y 41, guarda silencio al respecto.

que deberá reunir los requisitos exigidos en el artículo 720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, el artículo 39.2 de la Ley de Arbitraje dispone que “el actor se dirigirá por escrito al juzgado, indicando las circunstancias concretas de la falta de acuerdo”, pues bien, esta expresión puede hacer viable un contenido alegatorio y probatorio de mayor extensión al pretendido por el legislador ya que, como se desprende del propio texto legal, el objeto de este proceso es, en principio, única y exclusivamente la designación judicial de los árbitros como consecuencia del desacuerdo en el nombramiento de los mismos por las partes (arts. 38, 41.1, 2 y 5).

Seguidamente, una vez presentada la papeleta con los documentos acreditativos del convenio arbitral (art. 39.2), el juez dictará providencia convocando a las partes a una comparecencia que, en todo caso, deberá señalarse en un término que no baje de veinticuatro horas ni exceda de seis días (art. 726 LEC).

La fase de sustanciación verbal se verificará por comparecencia de las partes ante el juez. Comparecencia que vendrá presidida por los principios de oralidad y concentración. El artículo 40 de la reciente Ley establece las consecuencias de la incomparecencia de las partes: si el demandado o alguno de los demandados o sus representantes no acuden a este acto, no se suspenderá la celebración del mismo (art. 40.1). Por el contrario, la incomparecencia del demandante o de todos los demandantes o de sus representantes dará lugar a que se les tenga por desistidos de su pretensión, condenándoseles al pago de las costas, salvo que el demandado o alguno de los demandados o sus representantes manifiesten su interés por la formalización judicial del arbitraje, en cuyo caso se verificará la celebración del acto (art. 40.2).

En el acto de la comparecencia el juez oír a las partes o sus representantes y les invitará a ponerse de acuerdo sobre la designación de los árbitros (art. 41.1). Si no hay convenio sobre la designación de los árbitros o modo de designarlos, procederá el juez a la designación mediante sorteo de entre los nombres incluidos en la lista de abogados en ejercicio que solicitará al Colegio Profesional de la circunscripción judicial correspondiente o del Consejo General de la Abogacía (41.2). La lista estará formada por abogados con más de cinco años de ejercicio profesional que voluntariamente se hayan ofrecido, que no estén en el caso del artículo 14 de la Ley y sin nota desfavorable en su expediente personal (art. 41.3). El sorteo se realizará, en proporción de tres —titular y

dos suplentes—, por cada plaza de árbitro ⁽¹³⁾. En caso de renuncia, abstención, recusación aceptada o incapacitación sobrevenida, sustituirá al titular el primer suplente y a éste el segundo (art. 41.4). Si mediante las reglas indicadas no fuere posible proceder al nombramiento de los árbitros, el juez designará libremente a abogados en ejercicio, si se tratase de arbitraje de derecho; cuando los árbitros deban decidir en equidad ⁽¹⁴⁾, el juez solicitará de los Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y otras Corporaciones, o a su órgano representante de carácter general, la remisión de las listas de profesionales colegiados para la libre designación de los que estime convenientes, oyendo la propuesta de las partes, o bien de entre los que éstas propongan de común acuerdo (art. 41.5).

Una vez celebrada la comparecencia y extendida el acta correspondiente, el juez dictará auto accediendo a la formalización judicial del arbitraje, que no prejuzgará la validez del convenio arbitral, no siendo susceptible de recurso algo (art. 42.2). Por otra parte, el auto denegatorio de la formalización será apelable ante la Audiencia Provincial y contra la resolución de la misma no cabrá recurso alguno y los puntos que hayan sido objeto de debate no podrán motivar en su día la declaración de nulidad a que se refiere el artículo 42.3. Señalar, por último, que sólo puede denegarse la formalización cuando el juez considere que por los documentos aportados no consta de manera inequívoca la voluntad de las partes (art. 42.1).

Por último, indicar que el convenio arbitral impide que la controversia objeto del mismo sea conocida y resuelta por un órgano jurisdiccional ya que, “impedirá a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas

(13) El número de árbitros deberá ser siempre impar (art. 13) y, en todo caso, su número mínimo será de uno mientras que el número máximo carece de limitación alguna. El número vendrá determinado por las partes y si las mismas no se ponen de acuerdo al respecto, serán tres árbitros. Por otra parte, los requisitos que deben concurrir en las personas para poder actuar como árbitros en la resolución de cuestiones litigiosas son: a) ser mayor de edad y estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 12.1); b) no ser jueces, magistrados, fiscales en activo ni ejercer funciones públicas retribuidas por arancel; c) ser abogados en ejercicio (arbitraje de derecho); d) no estar incurso en ninguna de las causas que puedan dar origen a la abstención y recusación de un juez (art. 12.3) y, por último, e) aceptar de forma expresa la designación como árbitro.

(14) La nueva Ley mantiene la distinción entre arbitraje *de derecho* y arbitraje *de equidad* (art. 4.1). En el arbitraje de derecho, los árbitros deben ser abogados en ejercicio (art. 12.2) y resolverán el litigio conforme a las normas legales vigentes en la materia, dictando un laudo motivado (art. 32.2). En el arbitraje de equidad, los árbitros no necesitan ser abogados en ejercicio —si bien nada impide que lo sean— ya que, resolverán la controversia en base a su saber y entender (art. 4.1). En todo caso, corresponderá a las partes decidir qué clase de arbitraje se llevará a cabo (art. 4.1) y si nada disponen al respecto, los árbitros resolverán en equidad (art. 4.2).

das a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente con la oportuna excepción” (art. 11.2). Podemos apreciar que el convenio produce la existencia de un efecto negativo que se concreta en la exclusión de la jurisdicción; esto es, concertado el convenio, no cabe instar una acción judicial ante los tribunales de justicia relativa a la controversia objeto del mismo. Así, el convenio, como todo contrato, debe ser cumplido por las partes y, en concreto, obliga a las mismas a estar y pasar por lo estipulado (art. 11.1) e impedirá a los jueces conocer sobre la cuestión litigiosa. Por tanto, el convenio origina la *excepción de litispendencia arbitral*; sin embargo, la cuestión no es tan simple como parece y, de esta forma, como afirma GULLÓN BALLESTEROS⁽¹⁵⁾, el artículo 11.1 habla de “cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje”, pero ello no implica que deban estar determinadas ya. En otras palabras, el origen de la excepción de litispendencia arbitral se encuentra en la existencia del propio convenio y, como ya hemos apuntado en páginas anteriores, el objeto del mismo son las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir (art. 5.1). “Ciertamente —señala este autor—, la *cuestión litigiosa* parece suponer que ésta ha nacido ya. Pero el art. 5.1 de la Ley también habla de cuestiones litigiosas, pero comprende en ellas tanto las surgidas como las que puedan surgir. No se ve la razón de exigir en el artículo 11.1 una actualidad, una concreción, y no en el art. 5.1... No hay que olvidar que en la fase en que nos encontramos, todavía no habrá comenzado el procedimiento arbitral, por lo que los árbitros no habrán podido fijar la cuestión controvertida. Si no cabe acudir al juez para ello, mantener que entonces no cabe la excepción sería establecer una diferencia entre un convenio arbitral sobre una cuestión ya surgida (que autorizaría oponer la excepción), y entre otro en que se ha pactado el arbitraje si surge la cuestión (en que no cabría la excepción)”⁽¹⁶⁾.

Ello no obstante, las partes podrán renunciar al arbitraje pactado quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción (art. 12.2)⁽¹⁷⁾.

(15) GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Algunos problemas que suscita La Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*, en la Ley, 1989, núm. 2.214, pág. 2.

(16) GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Algunos...*, cit., pág. 2.

(17) Véase las matizaciones que sobre la renuncia al arbitraje realiza el profesor O'CALLAGHAM, X.: *El contrato...*, cit., págs. 9 y 10.

III. PROCEDIMIENTO ARBITRAL; LAUDO Y RECURSO DE ANULACIÓN

La vigente Ley no señala un procedimiento arbitral determinado, salvo el obligado respeto a los principios fundamentales y a los principios de *audiencia*, *contradicción* e *igualdad* entre las partes (art. 21.1). Por lo demás, el procedimiento a seguir lo establecen las propias partes (arts. 9.1 y 21.2) o la persona jurídica que ejecute el arbitraje (art. 21.2 en relación con el 10) y, en su defecto, los propios árbitros (art. 21) sin sujeción a plazo, salvo el de dictar laudo (art. 25).

El procedimiento se inicia una vez que los árbitros han notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje (art. 22.1); esto es, la aceptación por los árbitros implica el nacimiento de los derechos y obligaciones inherentes al cargo, figurando entre estas últimas la de dar principio al procedimiento y realizar todos los trámites oportunos hasta el pronunciamiento del laudo.

La *oposición* al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus alegaciones iniciales⁽¹⁸⁾. En este punto, cabe observar que dichas circunstancias podrán ser apreciadas de oficio por los árbitros. Si los árbitros estimaran la oposición planteada sobre las circunstancias señaladas, quedará expedito el acceso a los órganos jurisdiccionales para la solución de la controversia sin que quepa recurso contra la decisión arbitral (art. 23.2).

Las actuaciones se realizarán en el idioma convenido y, en caso contrario, lo fijarán los árbitros que, en todo caso, deberá ser un idioma conocido por ambas partes y oficial del lugar en que se desarrolla la actividad arbitral (art. 24.2). Además, salvo que expresamente las partes en el convenio hayan fijado la sede en donde se deba desarrollar la actividad arbitral, corresponderá a los árbitros designar el lugar y también podrán determinar el lugar en el que deban realizar actuaciones concretas, con notificación de ello a las partes (art. 24.1). Finalmente, las partes podrán designar un domicilio a efecto de notificaciones; en su defecto, se entenderá como domicilio el del propio interesado o el de su representante (art. 24.3).

(18) Véase la crítica que realiza al respecto ORTIZ NAVACERRADA, S.: *La Ley...*, cit., pág. 157.

La inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de eficacia alguna; esto es, los árbitros están obligados a impulsar de oficio el proceso arbitral (art. 22.2). Por otra parte, los árbitros no están sujetos en el desarrollo del arbitraje en el tiempo a plazos determinados, salvo acuerdo de las partes y sin perjuicio de lo establecido en la vigente Ley respecto del plazo para dictar el laudo (art. 30.1). En consecuencia, los árbitros establecerán plazos preclusivos a las partes para que puedan realizar las alegaciones que consideren oportunas y pertinentes a sus intereses (art. 25.1).

El proceso arbitral puede articularse, a tenor de lo dispuesto por la Ley, en tres fases diferenciadas, a saber: alegatoria, probatoria y decisoria.

En la fase *alegatoria* los árbitros designan los plazos preclusivos a las partes para formular alegaciones. En esta fase las partes deberán formular, en su caso, la oposición al arbitraje fundándose en la falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral (art. 23.1). Si el árbitro o los árbitros aceptan la oposición queda expedita la vía judicial para la resolución de la controversia (art. 23.2), si por el contrario la desestiman, pueden reiterarse los motivos de oposición al tiempo del recurso de anulación (art. 23.2).

Finalizada la fase anterior, comienza el período *probatorio* en el que, en principio, son admisibles todo tipo de pruebas que los árbitros estimen oportunas y sean admisibles según la Ley de Enjuiciamiento Civil. Admitidas las pruebas se procederá a su práctica dentro del plazo fijado por los árbitros y para cuya realización pueden solicitar por escrito *auxilio judicial* ante el juez de primera instancia del lugar donde deba practicarse (art. 27). El auxilio judicial deberá ser solicitado en la forma prevenida en el artículo 43 de la Ley y, en este punto, el juez procederá conforme a las reglas de la Ley procesal y practicará bajo su exclusiva dirección, si así lo solicita el árbitro, la prueba, entregando testimonio de las actuaciones llevadas a cabo al solicitante de la misma; esto es, al árbitro pues nada dice la Ley sobre la posibilidad de que las partes accedan directamente al juez en solicitud de cooperación judicial. Finalmente, a pesar del silencio legal, entendemos que el árbitro deberá levantar puntual acta de las actuaciones realizadas en esta fase en orden a la constancia de las pruebas practicadas y, en su caso, futura documentación del recurso de anulación.

Por último, concluido el período probatorio, los árbitros pueden acordar oír a las partes o sus representantes (art. 29); se trata, por tanto, de una fase facultativa semejante al período de conclusiones. Tras lo cual deberán dictar el laudo arbitral.

El contenido *formal* del laudo vendrá dado por un encabezamiento (circunstancias personales de los árbitros y las partes, lugar y fecha del otorgamiento), una fundamentación fáctica (cuestión sometida al arbitraje, alegaciones y relación de las pruebas practicadas), una motivación jurídica (exigible solamente en el arbitraje de derecho), decisión final y firma de los árbitros (arts. 32 y 33.1).

El plazo para dictar el laudo es de seis meses desde que comenzó el proceso arbitral (art. 22.1) o desde que fue sustituido un componente del Colegio Arbitral (art. 18) ⁽¹⁹⁾. En todo caso, las partes, de común acuerdo, pueden prorrogar el plazo (art. 30.1) o suspender su curso (art. 31). Ahora bien, si en el plazo previsto no se dicta el laudo, quedará sin efecto el convenio arbitral y expedita la vía jurisdiccional para plantear la controversia (art. 30.2). Además, en este caso puede incurrir el árbitro en responsabilidad por los daños y perjuicios, siempre que concorra dolo o culpa (art. 16.1).

El laudo se dicta por escrito (art. 32) en el idioma convenido (art. 24.2) y en el lugar fijado como sede para llevar a cabo las actuaciones arbitrales (art. 24.1). La decisión sobre el fondo contenida en el laudo, al igual que cualquier sentencia, se decidirá por mayoría de votos, dirimiendo los empates —pluralidad de árbitros— el voto de Presidente. Si no hubiere acuerdo mayoritario, el laudo será dictado por el Presidente (art. 34). Seguidamente, el laudo debe ir firmado por los árbitros, que podrán hacer constar en el mismo su parecer discrepante; si alguno de ellos no lo firmase, se entenderá que se adhiere a la decisión de la mayoría (art. 33.1). Una vez firmado, deberá ser protocolizado notarialmente y notificado a las partes (art. 33.2). Notificado el laudo de forma fehaciente (vía notificación notarial) las partes disponen de cinco días para solicitar aclaraciones o que se subsanen los errores materiales o de cálculo que se aprecien en el mismo (art. 36.1). En un plazo de diez días los árbitros resolverán dichas peticiones, protocolizando notarialmente su decisión y notificando la misma a las partes en forma fehaciente. Si en el plazo indicado no hubiesen resuelto las peticiones se entenderá que deniegan las mismas (art. 36.2).

El laudo resuelve la controversia con los mismos efectos que la sentencia (art. 37); esto es, el laudo firme produce efectos de cosa juzgada y,

(19) En el supuesto de que exista una pluralidad de árbitros (Colegio Arbitral), las reglas para el nombramiento del Presidente del Colegio Arbitral se fijarán por las partes de común acuerdo. A falta de acuerdo los árbitros serán tres y el presidente será elegido por mayoría de los propios árbitros. Si éstos no llegaren a un acuerdo ejercerá como Presidente el árbitro de mayor edad. Cuando la administración del arbitraje se haya encomendado a una persona jurídica la designación de Presidente se realizará en conformidad con su reglamento (art. 13).

consecuentemente, contra el mismo sólo cabrá recurso de revisión en conformidad a la normativa procesal dispuesta para las sentencias firmes. La eficacia de cosa juzgada del laudo vendrá dada por el hecho de que ésta haya adquirido firmeza como consecuencia de que contra él no se ha interpuesto el recurso correspondiente (anulación) o bien porque tal recurso ha sido desestimado ⁽²⁰⁾.

Finalmente, la Ley dispone un criterio general de imposición de costas consistente en que cada parte corre con las producidas a su instancia y las comunes por mitad, salvo acuerdo de las partes (art. 35.2). En caso de que los árbitros aprecien temeridad o mala fe de alguna de las partes pueden condenar a la misma al total pago de las costas (art. 35.2).

La vigente Ley dispone la existencia de un único recurso de anulación del laudo arbitral que ha venido a sustituir los antiguos recursos de casación y nulidad. El órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso de anulación del laudo es la Audiencia Provincial del lugar donde hubiera sido dictado el laudo (art. 46.1) y, por tanto, desaparece la competencia hasta ahora atribuida a la Sala Primera del Tribunal Supremo. Por otra parte, a diferencia del proceso arbitral, será preceptiva en la tramitación de este recurso la intervención de abogado y procurador (art. 51).

El recurso de anulación podrá fundamentarse en los siguientes motivos: 1) cuando el convenio fuese nulo; 2) cuando el nombramiento de los árbitros y el desarrollo de la actuación arbitral no haya sido conforme a las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley; 3) cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo; 4) cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje, y, por último, 5) cuando el laudo fuese contrario al orden público.

Este recurso se inicia mediante la interposición de un escrito motivado ante la Audiencia Provincial dentro del plazo legalmente establecido para ello. En el escrito debe constar de forma clara los motivos de anulación, invocando los fundamentos en que se apoyan, y la proposición de prueba. Además, deben acompañar al escrito los documentos justificativos del convenio y laudo arbitrales (art. 47.1). En todo caso, la Sala dispondrá los apremios necesarios para compeler a los árbitros a la entrega de las actuaciones arbitrales, si fueren necesarias y el recurrente no hubiere podido obtenerlas (art. 47.2). Interpuesto el recurso, las demás partes podrán impugnarlo dentro de los veinte días desde

(20) Véase la crítica que sobre este punto realiza CREMADES, B.: *España estrena nueva Ley de Arbitraje*, en *La Ley*, 1989, núm., 2.197, pág. 4.

el traslado de la copia del mismo, proponiendo, si fueren necesarias, las pruebas pertinentes (art. 48.1). Realizada la oposición al recurso, o transcurrido el plazo para la misma, se abre la fase probatoria, quedando las pruebas propuestas por ambas partes al control discrecional de la Audiencia Provincial. Las pruebas deberán practicarse en el plazo máximo de veinte días (art. 48.2).

Finalizado el período probatorio, dentro de seis días, las partes podrán solicitar vista pública y la Sala accederá a ella dentro de los dos días siguientes, si al menos una parte la solicitase (art. 49.1). La Ley guarda silencio en torno al plazo de celebración de la vista, así como de los requisitos que deben concurrir en la misma, por lo que la fecha de celebración quedará a discreción de la Sala, tramitándose en conformidad a las reglas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Terminada la práctica de las pruebas, o en su caso, celebrada la vista pública, la Audiencia Provincial dictará sentencia en el plazo de diez días (art. 49.2) contra la que no cabrá ulterior recurso.

El contenido de la sentencia vendrá determinado por la confirmación o anulación del laudo, por un lado, o por la confirmación o anulación de carácter parcial en los supuestos de extralimitación, por otro. En caso de anulación, total o parcial, queda expedita la vía judicial para resolver la controversia objeto del laudo. Si la Audiencia Provincial confirma el laudo éste deviene firme y podrá ejecutarse de forma forzosa.

Por último, cabe señalar que, a tenor del artículo 37, el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada y, por tanto, contra el mismo cabrá el recurso de revisión, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

IV. EJECUCIÓN DEL LAUDO

La ejecución del laudo arbitral puede realizarse de forma voluntaria por las partes o, en su defecto, podrá llevarse a cabo mediante su ejecución forzosa ante el juez de primera instancia del lugar en donde haya sido dictado; esto es, el laudo arbitral una vez ha adquirido firmeza, por no haber sido recurrido en el plazo legal o por haber sido confirmado por la Audiencia Provincial, es susceptible de ser ejecutado por las partes o de modo forzoso cuando una de ellas no se aviene a cumplir con la obligación de estar y pasar por la decisión dictada por los árbitros (art. 11.1).

El laudo arbitral es eficaz desde la notificación a las partes y la ejecución forzosa del mismo deberá solicitarse mediante escrito dirigido al Juez de Primera Instancia del lugar donde se haya dictado, tramitándose en conformidad a las reglas previstas para la ejecución de sentencias firmes con las especialidades de los artículos 54 y siguientes de la Ley de Arbitraje (art. 53). Por tanto, la ejecución forzosa del laudo corresponde a los órganos jurisdiccionales y no a los árbitros, detentadores estos últimos de *auctoritas* pero carentes de *potestad* para ejecutar.

Al escrito solicitando la ejecución se deben acompañar de forma necesaria copia autorizada del laudo y los documentos acreditativos de la notificación a las partes y del convenio arbitral (art. 54.1). Se acompañará igualmente, en su caso, testimonio de la resolución judicial dictada por la Audiencia Provincial del recurso de anulación (art. 54.2).

El juez dará traslado de la petición de ejecución y de los documentos presentados a la otra parte, quien, en el plazo de cuatro días, podrá alegar la pendencia del recurso de anulación regulado en el Título VII de la Ley, siempre que se acredite documentalmente con el escrito de oposición, en cuyo caso el juez dictará sin dilación auto suspendiendo la ejecución hasta que recaiga resolución de la Audiencia, o la anulación judicial del laudo, acreditada mediante testimonio de la sentencia a que se refiere el artículo 49.2 de la Ley, en cuyo caso, el juez dictará auto denegando la ejecución (art. 55.1). Seguidamente, el apartado segundo del artículo 55, impone al juez el despacho de ejecución si la oposición del ejecutado no tiene su fundamento en alguna de las causas tasadas contenidas en el apartado primero de este mismo precepto; esto es, pendencia del recurso de anulación y denegación de la ejecución. Sin embargo, señala ORTIZ NAVACERRADA “que la terminante exclusión por el art. 55.2 de toda otra causa de denegación de la ejecución por el juez resulta excesiva: no puede éste poner su poder ejecutor al servicio de un lado contrario al orden público o radicalmente nulo por referirse a materias excluidas del arbitraje conforme al art. 2. No ya la excitación de parte, sino su propio conocimiento oficial, han de bastar para una denegación fundada: si el artículo 44 prevé el rechazo por el juez de la práctica de pruebas contrarias a Ley, encomendadas por el árbitro en vía de auxilio, con mayor razón ha de defenderse la procedencia del rechazo, no expresamente previsto, en los supuestos contemplados”⁽²¹⁾.

(21) ORTIZ NAVACERRADA, S.: *La Ley...*, cit., pág. 165.

Por otra parte, una vez apuntada la ejecución forzosa de los laudos firmes, cabe señalar una breve referencia a si cabe o no la ejecución *provisional* del laudo durante la sustanciación del recurso de anulación. La doctrina no es pacífica sobre este extremo y, de esta forma, mientras un sector doctrinal sostiene la ejecución provisional discrecional del laudo por el juez de primera instancia, exigiendo para ello las cauciones que considere oportunas y convenientes al ejecutante⁽²²⁾, otro sector sostiene que la vigente Ley excluye tal posibilidad⁽²³⁾. A nuestro juicio, partícipes de esta última postura, entendemos la no viabilidad de la ejecución provisional del laudo por varias razones ya que, al contrario que la derogada Ley de 1953, la vigente normativa excluye de forma intencionada dicha posibilidad. En este sentido, como afirma ORTIZ NAVACERRADA, la remisión del artículo 53 a los trámites de ejecución de sentencias firmes no es suficiente para deducir aplicables al laudo las reglas de los artículos 385 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativos a sentencias y autos definitivos pero no firmes.

En el artículo 50 se recoge una serie de medidas cautelares que pueden postularse cuando el laudo es recurrido. Son competentes para conocer de las mismas el Juez de Primera Instancia del lugar en que se sigue el proceso arbitral y se ha dictado el laudo. La solicitud de las referidas medidas deberá formularse mediante escrito acompañado de copia del laudo y el juez resolverá en el plazo de tres días, previa comparecencia de las partes, señalando los afianzamientos que considere oportunos en el auto que dicte autorizando la adopción de las medidas, que no será susceptible de recurso. Las medidas cautelares se mantendrán hasta la resolución del recurso de anulación.

Por último, el Título IX de la Ley viene referido a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros y, de esta forma, la vigente normativa prevé el reconocimiento, que se atribuye al Tribunal Supremo, y la ejecución, que se atribuye a los Jueces de Primera Instancia, de los laudos arbitrales extranjeros, sin perjuicio de los tratados internacionales que formen parte del ordenamiento interno y de los cuales ya están haciendo uso los tribunales patrios.

El laudo extranjero o laudo no pronunciado en España (art. 56.2) se ejecuta en nuestro país en conformidad a los tratados internacionales y, en su defecto, de acuerdo con las normas de la vigente Ley de Arbitraje (art. 56.1).

(22) SERRANO ALONSO, E.: *El arbitraje...*, cit., pág. 526.

(23) ORTIZ NAVACERRADA, S.: *La Ley...*, cit., pág. 165.

Dicha ejecución deberá ser solicitada ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por cualquiera de las partes (art. 57).

La ejecución del laudo se llevará a cabo según las prescripciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros (art. 58.1).

La Sala declarará no haber lugar a la ejecución sólo si el laudo es contrario al orden público o si los árbitros han resuelto sobre cuestiones que, conforme a la vigente Ley española, no son susceptibles de arbitraje. También es posible la denegación, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, cuando:

- a) El convenio arbitral sea nulo conforme a la Ley que resulte aplicable.
- b) En el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales dispuestos por la Ley aplicable.
- c) Los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

En definitiva, podemos concluir señalando que la regulación llevada a cabo por la nueva Ley sobre la ejecución del laudo se encuentra subyugada a una serie de condicionamientos menos rigurosos que los previstos para las sentencias extranjeras.

V. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En los artículos 60 a 63 trata la nueva Ley de las normas de Derecho internacional privado, relativas a la capacidad para otorgar el convenio arbitral, a la validez y los efectos de éste y a la Ley aplicable para decidir el fondo de la cuestión litigiosa, cuando se trate de un arbitraje de derecho. En este sentido, según la Exposición de Motivos, se ha mantenido el criterio, ya presente en el artículo 10.5 del Código Civil, de exigir algún grado de conexión entre la ley aplicable y la controversia objeto de arbitraje, a fin de evitar que por la vía del arbitraje se produzca lo que se ha dado en llamar la fuga del Derecho de determinadas relaciones jurídicas internacionales. Por tanto, los artículos 60 a 63 de la vigente Ley de Arbitraje se configuran como un complemento

de las normas de Derecho internacional privado contenidas en los artículos 8 a 11 del Código Civil, que no regulan de forma expresa la norma de conflicto aplicable a los convenios arbitrales entre español y extranjero. Además, en todo caso, habrá que estar a lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil (arts. 11 y 12) respecto del convenio, procedimiento y laudo arbitral (art. 63); esto es, los citados preceptos del Código Civil actuarán como normas complementarias de las expresamente dispuestas en la Ley de Arbitraje.

En cuanto a la capacidad de las partes para otorgar el convenio arbitral será la exigida por su respectiva *ley personal* para disponer en la materia objeto de litigio (art. 60). Para la validez del convenio arbitral y sus efectos dispone el artículo 61 un orden sucesivo de fueros, a saber: la ley expresamente designada por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, la ley aplicable a la relación de la que se derive la controversia; en su defecto, la ley del lugar en que deba dictarse el laudo y, por último, si éste no estuviere determinado, la ley del lugar de celebración del convenio arbitral.

Finalmente, a tenor del artículo 62, en el arbitraje de Derecho, los árbitros resolverán conforme a la ley designada expresamente por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, conforme a la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia y, por último, de acuerdo con la más apropiada a las circunstancias de la misma.

LOS PRINCIPALES INTERROGANTES DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA (ART. 349 CP). CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA

VALENTÍN CONCEJO ARRANZ

ESTUDIANTE DE CUARTO CURSO DE DERECHO
PRIMER PREMIO DE ESTUDIOS JURÍDICOS “FORO CANARIO”,
RELATIVO A ESTUDIANTES DE DERECHO.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

I. LA ACCIÓN TÍPICA.

I.1 EL TÉRMINO “ELUSIÓN”.

I.2 EL ALCANCE DE LA DEFRAUDACIÓN Y LA POSIBILIDAD DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN.

I.2.1 El concepto “defraudación”.

I.2.2 La comisión por omisión.

II. LOS SUJETOS.

II.1 EL SUJETO ACTIVO.

II.1.1 Personas físicas.

II.1.2 Especial consideración a la figura del “retenedor”.

II.1.3 Personas jurídicas.

III. ANTIJURICIDAD.

IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO Y LA CULPABILIDAD.

IV.1 EL ERROR EN LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA.

CONCLUSIÓN.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Abarcamos en el presente trabajo, el delito de defraudación tributaria en su actual configuración, introducida por la reforma operada por la L.O. 2/85 de 29 de abril. Su configuración doctrinal, lejos de ser pacífica, levanta las más variadas polémicas, con un cruce de opiniones y tesis desde todos los prismas y posiciones. Su carácter híbrido penal y tributario, contribuye a oscurecer y dificultar aún más su naturaleza, haciendo de éste un delito complicado pero tremendamente atractivo para el análisis.

Antes de pasar al mismo, es imprescindible realizar una serie de aclaraciones al lector:

La primera es que este trabajo no pretende realizar un estudio omnicomprendivo del delito fiscal. Nos hemos centrado en el que consideramos el tipo básico: el art. 349 CP. Más aún, ni siquiera dentro del mismo hemos analizado las dos modalidades que abarca, elusión del pago de impuesto y disfrute indebido de beneficios fiscales, sino sólo a esta primera.

La segunda aclaración es que hemos atendido esencialmente a consideraciones prácticas a la hora del análisis. Por esta razón comprobará el lector ciertas “alteraciones” sistemáticas que pretendemos justificar tanto en base a la brevedad expositiva, como en la atención primordial, como hemos señalado, a las cuestiones prácticas. Igualmente, esto va a producir el desigual tratamiento de algunos aspectos en pro de otros que, pese a esto, hemos optado por señalarlos al considerarlos imprescindibles para una apreciación correcta de nuestro análisis.

Hechas estas necesarias aclaraciones, pasamos directamente al análisis de la conducta típica que encierra el art. 349 CP que transcribimos (parcialmente) para concluir:

“El que defraudare a la Hacienda estatal, autonómica o local, eludiendo el pago de tributos o disfrutando indebidamente de beneficios fiscales, siempre que la cuantía de la cuota defraudada o del beneficio fiscal obtenido exceda de 5.000.000 de pesetas, será castigado con la pena de prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía”.

I. LA ACCIÓN TÍPICA

Partimos de la premisa de que la defraudación tributaria es un delito de resultado, es decir, el comportamiento necesario para que se produzca el tipo objetivo debe incluir una acción u omisión capaz de producir directamente un resultado de perjuicio económico para la Hacienda Pública. Al mismo tiempo nos encontramos con un delito que requiere el empleo de ciertos medios genéricos.

Ambos elementos (resultado y medios) quedan reflejados en la redacción del art. 349 CP: “El que defraudar ...eludiendo el pago de tributos o disfrutando indebidamente de beneficios fiscales...”. Quedan así determinados, de una parte, los medios que se deben utilizar: la elusión del pago de tributos (o el disfrute indebido de beneficios fiscales), para llegar a un determinado resultado: la defraudación a la Hacienda Pública.

Centrada nuestra atención en ambos conceptos —defraudación y elusión—, podemos apreciar su conflictiva configuración dentro de la doctrina. Estas discrepancias no sólo radican en la polémica naturaleza intrínseca de cada término, sino incluso en su valoración dentro del tipo. Es decir, qué término tiene consideración de medio y cuál de resultado.

Autores como PÉREZ ROYO o GRACIA MARTÍN, consideran que el resultado estaría configurado por la elusión del pago, y el medio comisivo se articularía mediante la defraudación.

No obstante, siguiendo a autores como LAMARCA, RODRÍGUEZ DEVESA o NOREÑA SALTO, entendemos que el precepto no sanciona al que “eludiese o disfrutare defraudando”, sino, por el contrario, al que “defraudare eludiendo o disfrutando”; la propia dicción del precepto implica la modulación del verbo rector del tipo ‘defraudar’ por la presencia de dos gerundios ‘eludiendo’ y ‘disfrutando’, que como todo gerundio que acompaña al verbo, le indica modo, forma... medio. El verbo rector de tipo es el correspondiente a la voz “defraudar”, y el medio es la elusión del pago de tributos (o el disfrute indebido de beneficios fiscales). Un análisis sintáctico del precepto sólo podría llevarnos a esta conclusión.

El art. 349, dice BERMEJO RAMOS, traslada el acento puesto anteriormente en el término “defraudación” hacia el vehículo por el que ésta se

manifiesta. Para cometer el tipo, es necesario “defraudar eludiendo” (o disfrutando indebidamente). Es decir, se supone, implícitamente, que se puede defraudar a la Hacienda Pública mediante diversas formas o técnicas siendo las dos citadas los medios exclusivamente relevantes.

En este sentido se manifiesta la S. de la A.P. de Las Palmas de 14 de diciembre de 1989 (sentencia que será, posteriormente, eje de varias aclaraciones por nuestra parte, dada su gran importancia tanto por su inminente coetaneidad como por ser la primera sentencia que al respecto se manifiesta en nuestro ámbito autonómico), que dice: “...se utilizan los verbos ‘eludir’ y ‘disfrutar’ para definir la acción, pero sobre todo, se emplea el verbo ‘defraudar’ para conformar el núcleo del tipo”.

Fundamentamos además tal construcción, por una parte en el análisis del bien jurídico protegido, la Hacienda Pública, con lo que la actual ubicación sistemática del delito sería la correcta. Entendida la misma en su sentido dinámico, como sistema de recaudación de ingresos y realización del gasto público. La defraudación se hace a la ‘Hacienda Pública’, mientras que la elusión se ejercita sobre el pago del tributo. Si el resultado se configurara por “la elusión del pago”, se adopta una teoría patrimonialista, el bien jurídico sería patrimonio del Estado, el Erario público, por lo que no se justifica un tratamiento separado de los demás delitos patrimoniales.

Además, respecto al antiguo art. 319 CP introducido en la reforma de 1977, vemos que ha cambiado su ubicación sistemática. Así el actual art. 349 se ha desvinculado del antiguo Título de las falsedades, descargando así el bagaje defraudatorio del tipo. No es necesaria una actuación defraudatoria para cometer el delito, siendo aptas otras actuaciones (como ya veremos, el incumplimiento de deberes formales).

I.1 El término “elusión”.

Ahora pasamos a analizar ambos términos —eludir y defraudar— en particular que, como ya dijimos, poseen una polémica naturaleza. Analizamos en primer lugar la ELUSIÓN, como determinado medio comisivo de la defraudación a la Hacienda Pública. El Diccionario de la Real Academia lo define como: “Evitar una dificultad, hacer vana o frustrar una cosa por medio de un artificio”.

No obstante, las mayores críticas se han realizado no sobre su significado gramatical, sino por el que se le otorga en el campo del derecho tributario. Dentro del mismo, el concepto de “elusión” es utilizado para caracterizar el “fraude a la ley tributaria”, tal y como viene expresado en el art. 24.2 LGT. El legislador penal ha utilizado el término “elusión” en un sentido diverso al que le atribuye el legislador tributario. La elusión del pago de impuestos a que se refiere el art. 349 CP equivale más bien a lo que la doctrina tributaria conoce como “evasión”.

Así mientras la “evasión” supone una conducta que causa un perjuicio a la recaudación tributaria, evitando el pago del tributo mediante la vulneración formal de una norma tributaria, la “elusión” designa un comportamiento mediante el cual, sin infringir formalmente ningún precepto, se evita la aplicación de una norma tributaria a través de una vía indirecta, es decir, modulando la conducta fiscalmente relevante de tal modo que se dé lugar a la aplicación de otra norma distinta en lugar de la norma más gravosa.

Estas consideraciones nos llevarían a declarar la necesidad de sustituir el término “elusión” del art. 349 CP por el de “evasión” y evitar problemas en cuanto a la consideración del fraude a la ley tributaria, conducta manifiestamente atípica. No obstante, como apunta AYALA GÓMEZ, tal necesidad es más aparente que real, ya que, lo que tipifica el art. 349 CP es la “elusión del pago” y no “la elusión del tributo”, con lo que el legislador deja al margen una acepción técnica del término “elusión”, quedando vigente la gramatical.

Al hilo de la significación dada al término elusión, podemos afirmar la atipicidad de la conducta de quien obligado al pago en un tributo, presenta su declaración correctamente, pero no realiza el mismo. Ya que, al evitar el pago, el sujeto no ha utilizado ningún artificio, ninguna “elusión” en el sentido que el término exige.

Por otra parte, dentro del procedimiento de Gestión de los tributos existen dos fases: la de Liquidación y la de Recaudación. Pues bien, tanto en la fase de liquidación propiamente dicha como en los casos de autoliquidación, la Administración se encuentra en una posición muy vulnerable, supeditada a los datos que le suministre el contribuyente o que este mismo haga constar. La represión penal debería quedar reservada exclusivamente para esta fase. Por el contrario, en la fase de cobro y ejecución del crédito ya liquidado (supuesto que nos ocupa), la posición de la Administración es la de un acreedor privilegiado que posee el privilegio de autoejecución de sus créditos a través de la vía de apremio y la protección penal es innecesaria e injusta.

I.2 El alcance de la defraudación y la posibilidad de comisión por omisión.

I.2.1 El concepto “defraudación”.

Nos resta analizar en segundo lugar el resultado del tipo, la DEFRAUDACIÓN a la Hacienda Pública. ¿Qué entendemos por defraudación? Según el diccionario de la Real Academia, defraudación es: “privar a uno, con abuso de confianza o con infidelidad a la obligaciones propias, de lo que le toca en derecho”. La traspolación de esta definición al delito fiscal es clara: la defraudación supone el resultado de una conducta que causa un daño (priva) a la Hacienda estatal, local o autonómica, de lo que le toca en derecho, a través de unos medios determinados: la elusión (y el disfrute indebido de beneficios fiscales). Esta elusión abarca desde el engaño hasta el aprovechamiento desleal de una situación de ventaja en las relaciones tributarias existentes (lo que más tarde definiremos como deslealtad tributaria).

I.2.1. La comisión por omisión.

Correspondería ahora hacer una recapitulación de las distintas opiniones de la doctrina acerca del término “defraudación”; tales construcciones sólo van a tener cierta relevancia en cuanto a la aceptación o no de la posibilidad de COMISIÓN POR OMISIÓN, causa por la cual me ceñiré a las exigencias prácticas y expondré las diversas teorías en torno a esta posibilidad.

A) Un primer bloque de autores está constituido por aquellos que parten de la base del “comportamiento defraudatorio” como típico del delito fiscal, con la presencia de la utilización de unos determinados medios engañosos para la producción del tipo (teoría de la “mise en scene”), y no admitiendo que se pueda cometer el delito por medio de la simple omisión. Comparten este criterio, entre otros, CÓRDOBA RODA, QUINTERO OLIVARES y BAJO FERNÁNDEZ.

Este último, con la reforma de 1985, actualiza su postura. Ahora, la omisión de una declaración tributaria puede ser apta para producir el resultado defraudatorio, al incurrir la Hacienda en error sobre la verdadera situación del contribuyente. Si este error procede de la ausencia de iniciativas administrativas que pudieran esperarse para subsanar la falta de declaración del contribuyente, debemos entender que falta un elemento de la defraudación cual es la relación de causalidad. Ahora bien, si las actuaciones administrativas espe-

radas no hubiesen subsanado tampoco el error, en cuanto que el contribuyente habría realizado las maniobras oportunas (mise en scene) para evitarlo, entonces existe el fraude.

CÓRDOBA RODA también actualiza su postura manteniendo que la simple omisión de una declaración legalmente referida a todo ciudadano, resulta difícil, cuando no prácticamente imposible, que comporte el efecto psicológico de hacer creer a la Administración tributaria que el sujeto no debe efectuar pago tributario alguno.

B) RODRÍGUEZ MOURULLO va a propugnar abiertamente la posibilidad de comisión por omisión. La trabajosa argumentación que defiende, se deriva de partir de la base de la necesidad de una 'mise en scene' para la producción del delito, así como de la asimilación del mismo a la estafa. Para este autor, cuando el derecho impone al sujeto que está en una determinada situación el deber de informar a otras personas, su silencio, convertido en reticencia, asume valor concluyente, por lo que la omisión se configura como un hecho concluyente, entendiéndose como afirmación que el sujeto obligado a informar no tenía nada que comunicar. En este mismo sentido se manifiesta IBARRA IRAGÜEN.

Este planteamiento genera claras zonas de incertidumbre. ¿En qué supuestos asume la falta de declaración el carácter de hecho concluyente? La consecuencia práctica de esta teoría ha sido ambigua:

— Así, por una parte el T.S. en S. 29 de junio de 1985, apoya el valor de esta teoría afirmando que: "...la ausencia de la declaración fiscal, devendrá al delito cuando concluyentemente incida en quienes conscientemente conozcan y sepan de su obligación con el Erario Público a modo de punible comportamiento socio-económico que también supone una burlesca infracción de compromisos cívicos y sociales y que acaba desembocando en un delito de tendencia eminentemente dolosa". Así la omisión, aunque no cualquiera sino la omisión dolosa, asume valor concluyente. En el mismo sentido se manifiesta la S.T.S. de 2 de marzo de 1988.

— De otra parte, encontramos las S.T.S. de 12 de marzo y de 12 de mayo de 1986, que dicen con contenido coincidente: "...habida cuenta de que, 'fraude', equivale semánticamente a 'engaño' o a 'acción contraria a la verdad o rectitud'; 'defraudación', a 'acción o efecto de defraudar, y 'defraudar' siendo palabra polisémica, en su acepción más ajustada al caso, a 'cometer un fraude en perjuicio de alguno', y tomando en consideración que no se trata de resuci-

tar la antigua prisión por deudas, es preciso llegar a una conclusión distinta, conforme a la cual lo relevante, a efectos punitivos, es ocultar o desfigurar las bases tributarias con el fin de eludir la obligación de satisfacer determinados impuestos y con la evidente intención defraudatoria consiguiente”.

También encontramos, en la misma línea, sentencias dictadas por las diversas Audiencias Provinciales ajustándose a este modelo teórico, que han puesto de manifiesto cómo la existencia de estas ‘incertidumbres’ derivadas del requisito del engaño, de la ‘mise en scene’, pueden derivar en la impunidad de conductas que el legislador quiso reprimir. En este sentido la S. de la A.P. de Gerona de 6 de febrero de 1984, la de A.P. de Murcia de 17 de noviembre de 1984, o la S. de la A.P. de Las Palmas de 14 de diciembre de 1989, que dice: “Entendemos, en fin, que quien no paga un impuesto omitiendo una declaración realiza una conducta omisiva de no pago, pero no engaña... A la luz de estas reflexiones, estimamos que la conducta omisiva del procesado no está incurso en los tipos del anterior art. 319 ni del actual art. 349 CP”.

Partiendo de la teoría de la ‘mise en scene’ es muy difícil llegar a soluciones satisfactorias para la incriminación de las formas omisivas. En este sentido tenía razón CÓRDOBA RODA al afirmar que la omisión de una declaración no supone unos “medios engañosos suficientes”, ni mucho menos, para asumir un valor concluyente y crear error en la Administración.

Al respecto, podemos añadir el reproche que hace la S. de A.P. de Las Palmas citada, al afirmar que: “...Sin embargo la tesis de no considerar la no presentación de una declaración tributaria como acto concluyente de defraudación no resuelve algunos impuestos. Así, en el Impuesto sobre Sociedades la presentación de la declaración es obligatoria con independencia del resultado de pérdida o ganancia de la sociedad obligada. En estos casos, la actuación omisiva del sujeto pasivo no tiene que hacer concluir a Hacienda que no ha tenido ingresos, porque puede presentar un ejercicio negativo...”.

C) Esto ha llevado a la realización de construcciones más idóneas. Entre ellas se encuentra la de PÉREZ ROYO, para el cual la represión penal, atendiendo al principio de intervención mínima, no puede actuar sin más sobre el incumplimiento del deber de pagar el tributo, sino que se exige algo más: una conducta que se encuadre dentro de los caracteres de la defraudación.

Este elemento adicional no lograba una eficaz composición con la teoría de la ‘mise en scene’. Así, va a considerar que este elemento se consigue con el simple hecho de mantener a la Administración en la ignorancia sobre he-

chos con relevancia tributaria. Para la realización del tipo basta con el incumplimiento de los deberes de colaboración e información establecidos en la legislación tributaria. El elemento adicional sería la deslealtad tributaria.

D) Otros autores han basado sus teorías en una vulneración del deber de garante, más que discutible, que tendría el contribuyente respecto de sus obligaciones con la Hacienda tributaria. La fuente del deber de garante radicaría en el art. 31 de la CE. según MARTÍNEZ PÉREZ, o en la propia normativa tributaria de la que emana el mandato sobre el contribuyente, según AYALA GÓMEZ.

Ante esta amalgama de teorías debemos cuestionarnos qué es lo deseable desde un punto de vista político-criminal.

La administración y la Fiscalía del T.S. afirman sin reservas la posibilidad de que la falta de presentación de las declaraciones obligatorias puedan constituir conductas fraudulentas. Así lo declara el Ministerio de Hacienda en una circular de 16 de diciembre de 1986 y en el mismo sentido la Memoria presentada por la Fiscalía del T.S., a propósito del antiguo art. 319, de fecha 15 de septiembre de 1972.

Los tribunales han perfilado más su orientación y admiten abiertamente la posibilidad de formas omisivas, posibilidad que estaba clara desde la STS 29 de junio de 1985 pero que queda perfectamente expuesta en la STS de 2 marzo de 1988: "...puede sostenerse que una conducta adquiera o pueda adquirir el valor de engaño cuando infringe el deber de verdad reconocido y sancionado por el ordenamiento jurídico; y falta al deber de verdad o de manifestar la realidad no sólo quien tergiversa o manipula los datos que configuran las bases impositivas para pagar insuficientemente, sino quienes, sabedores del deber de declarar, omiten la declaración porque la Hacienda puede tomar este hecho —*facta concludentia*— como afirmación de que el sujeto obligado no tenía nada que declarar", y posteriormente añade: "...quien omite la declaración debida con intención de eludir el impuesto 'totalmente', no debe ser de mejor condición de quien, en su declaración, desfigura o manipula las bases tributarias para pagar menos de lo debido". (Teoría del valor concluyente).

En el mismo sentido encontramos la S. de A.P. de Madrid de 27 de marzo de 1989, que dice en cuanto a los medios engañosos capaces de inducir a error a la Administración que: "...puede ser apreciado tanto cuanto el agente incumple deberes formales que supongan ocultación o no comunicación a la Hacienda de datos con relevancia tributaria como cuando se omite la presen-

tación de la declaración del IRPF —en este caso—, deber establecido en el art. 34 de la Ley reguladora del impuesto...”. (Teoría de la deslealtad tributaria).

Llegados a este punto, parecería totalmente idónea la incriminación de las conductas omisivas. Sin embargo autores como FERRE OLIVE señalan que la sola omisión de la declaración tributaria no es suficiente. El acierto de estas sentencias desaparece cuando recordamos que el delito fiscal está construido sobre la base de una defraudación y así, sin la concurrencia de otros requisitos, la simple omisión es insuficiente.

La interpretación desarrollada por el TS y la A.P. de Madrid choca con el principio de legalidad, pues el tipo se ha construido sobre la base de una defraudación, con los requisitos de una defraudación (engaño y ánimo defraudatorio) y el intérprete debe constatarlos efectivamente para poder aplicar este precepto penal, no puede ni presumirlos ni ignorarlos. En este sentido la S. de la A.P. de Las Palmas de 14 de diciembre de 1989, señala correctamente la no inclusión de la conducta omisiva dentro del tipo: “...pues no se aprecia en él ánimo defraudatorio ni actitud engañosa”.

Podemos afirmar que, actualmente, cualquier cuestión que llegue a nuestros tribunales sobre la posibilidad de la comisión por omisión de un delito contra la Hacienda Pública, va a adoptar una de estas dos vías, que aunque viables en la práctica, son insuficientes dogmáticamente:

a) La marcada por las S.T.S. de 29 de junio de 1985 y de 2 de marzo de 1988 (y la S. de A.P. de Madrid de 27 de marzo de 1989), admitiendo la comisión por omisión abiertamente, soslayando los problemas de configurar correctamente ‘engaño’ y ‘ánimo defraudatorio’, reconduciendo el término ‘defraudar’ a la simple elusión de deberes tributarios formales. U otorgando a la omisión un valor de hecho concluyente.

b) La marcada por las S.T.S. de 12 de marzo y 12 de mayo de 1986 (y la S. de la A.P. de Las Palmas de 14 de diciembre de 1989), que rechazan la modalidad omisiva por la carencia de los elementos citados. Tampoco es ésta la caracterización correcta, pues olvidan estas sentencias que el que omite la presentación de la declaración tributaria infringe, entre otros, el deber jurídico reconocido en el párrafo primero del art. 31 de la CE. Por otra parte, basan sus conclusiones en crear una defraudación similar a la exigida en el delito de estafa, cuestión que quiso evitar el legislador en la Reforma de 1985. Todo esto, amén de ‘fomentar’ el omisivismo tributario, amparado en una casi imposible incriminación de estas conductas, y constituyendo al delito fiscal, co-

mo algún autor ha llegado a citar, como “delito imposible”. Esta cuestión político-criminal primará, a nuestro entender, sobre cualquiera otra y llevará a la Administración, decididamente, y a la jurisprudencia, oscilatoriamente, a propugnar la primera de la vías señaladas.

En este punto, creemos interesante comentar la S. de la A.P. de Las Palmas de 14 de diciembre de 1989. En ésta, al igual que en la S. de la A.P. de Madrid de 27 de marzo de 1989, la posibilidad o no de la comisión por omisión se desplaza en un segundo plano, ya que el fundamento de derecho, núcleo de ambas sentencias, y que conduce en ambos casos a la absolución del procesado, lo constituye el vacío normativo generado por la S.T.C. de 20 de febrero de 1989, que impide al Tribunal calcular la cuota defraudada; al faltar un elemento objetivo del tipo, éste no se puede aplicar.

Este aspecto desplaza, como dijimos, la polémica sobre la comisión por omisión. No obstante, creemos errónea la construcción de la A.P. de Las Palmas, máxime al apoyar su tesis (quien no paga omitiendo su declaración no engaña) en la Exposición de Motivos de la L.O. 2/1985 de 29 de abril cuando dice: “Se quiere, en efecto, que dichas conductas no sean tanto la falta de pago de los tributos, cuanto la actitud defraudatoria mediante actos u ‘omisio-nes’ tendentes a eludir la cuantificación de los elementos que configuran la deuda tributaria y, por tanto, su pago”; pues la misma Exposición de Motivos quiere diferenciar los casos en que el contribuyente declara correctamente (en la fase de Liquidación) y posteriormente no paga (en la fase de Recaudación), de aquellos en que estando en la fase de liquidación (aquella que merece protección penal, como ya señalamos, en oposición a la fase de recaudación) manifiestan una ‘actitud defraudatoria’ concertada tanto en actos positivos (v.gr. modificar cifras) como en actos omisivos (v.gr. omitir unos rendimientos del capital mobiliario... y, por qué no, toda una declaración tributaria).

¿Qué consecuencias extraemos de todo lo apuntado? ¿Será punible o no la omisión de la declaración tributaria? En la práctica, como efectivamente está ocurriendo, es tan ‘válida’ la incriminación como la no incriminación, de las conductas omisivas, señalando que, probablemente, las exigencias político-criminales harán que se adopte el primero de los criterios. Pero, pese a estas necesidades, no podemos incriminar correctamente las conductas omisivas partiendo del término ‘defraudación’, ya que dicha posibilidad supone una “deformación” del mismo. Desde una perspectiva jurídico-penal, el fracaso se debe a que el delito fiscal previsto en el art. 349 C.P. está construido sobre la base de una ‘defraudación’.

Distinto sería plantear una concepción objetiva del término defraudación, identificándolo como una característica no de la acción, sino simplemente del resultado. Al analizar el delito fiscal se puede “optar” entre aceptar o no la técnica de la defraudación:

— Si se acepta, el Estado puede ser engañado y defraudado como cualquier particular. Consecuentemente, el legislador debe exigir en el tipo los mismos requisitos que se exigen en la defraudación de un particular: necesidad de engaño y ánimo de lucro, con pocas posibilidades de aplicar el tipo omisivo.

— Si se abandona la idea de defraudación y el tipo se construye sobre la elusión del pago de impuestos (o el disfrute indebido de beneficios fiscales) desaparecen todas las críticas mencionadas. La consecuencia es que el término “elusión” admite una flexibilidad suficiente para admitir la forma omisiva.

No obstante, no se puede negar la presencia en el tipo de un elemento que expresamente menciona, ‘la defraudación’ (aunque fuese debido a una cierta ‘inercia’ legislativa). AYALA GÓMEZ afirmaba que lo que el legislador sanciona no es la elusión sino la “defraudación que comporta la elusión”. Y es que al ser la defraudación precisamente el resultado de la elusión, no puede desvincularse totalmente la misma de un cierto matiz defraudatorio, además acentuado por el carácter intrínseco del propio término ‘eludir’, cercano al de ‘defraudación’. Mientras exista referencia a “defraudación” alguna, los intentos de construir el tipo en torno a la elusión no pueden ser totalmente correctos.

Llegado el momento de adoptar una posición, y descartada hoy en día la posibilidad de hacer de la, ‘elusión’ el verbo rector del tipo —aunque así deba ser de lege ferenda—, nos decantamos, con todas nuestras reservas, por incriminar las conductas omisivas. Para ello tenemos que hacer una interpretación amplia del término defraudar, no siguiendo un criterio formalista, y atendiendo tanto a las necesidades prácticas como a la voluntad del legislador de incriminar estas conductas, el cual realizó correctamente todas las reformas tendentes a este fin, menos una: suprimir el verbo ‘defraudar’, que quedó fruto de la “inercia legislativa” del antiguo art. 319 C.P. y sus predecesores. Preferimos no ser formalistas a olvidar, tal y como dice la S.T.S. de 2 marzo de 1988, que quien dolosamente omite su declaración totalmente no debe ser de mejor condición de quien desfigura datos (o los omite parcialmente).

Visto esto, y en aras de la claridad del tipo, nos adherimos a la posición de GRACIA MARTÍN, que propone evitar en el futuro, toda descripción del núcleo de la acción típica mediante el verbo defraudar o similares. O como

dicen AYALA GÓMEZ y FERRE OLIVE que, no cabiendo ignorar el cúmulo de dificultades dogmáticas que se plantean, recomiendan que se pudiese contemplar la posibilidad de tipificar expresamente las conductas omisivas.

No creemos que haga falta llegar a la tipificación particular de estas conductas, pero no podemos dejar de reconocer que la actual redacción del art. 349 C.P. deja confuso este punto. Máxime cuando la solución a tal problema no hubiese tenido más trascendencia que construir el tipo en base a la elusión (o el disfrute indebido) de una forma clara y contundente, evitando, reiterando a GRACIA MARTÍN, toda referencia al verbo defraudar o similares, cuestión que el futuro legislador deberá tener en cuenta.

En este sentido de sustituir el verbo defraudar por expresiones más adecuadas, apuntaba la enmienda 21 al Proyecto de Ley del delito, elaborada por PÉREZ ROYO siguiendo a la doctrina alemana, y que nos sirve de epílogo a esta polémica:

“Comete delito fiscal contra la Hacienda estatal, autónoma o local quien elude total o parcialmente tributos u obtiene beneficios o desgravaciones fiscales: 1. Incumpliendo las obligaciones tributarias, o, 2. Ocultando datos o aportando datos incorrectos, incompletos o falsos, necesarios para la determinación de la deuda tributaria o de los presupuestos de la concesión o disfrute de los beneficios o desgravaciones fiscales o de la cuantía de los mismos”.

II. LOS SUJETOS

II.1 El sujeto activo.

II.1.1 Personas físicas.

En principio, parece claro que normalmente el sujeto activo del delito fiscal lo será el sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria; sin embargo, se hace necesario delimitar más claramente esta afirmación... ¿Es requisito necesario para ser sujeto activo de la acción ocupar el puesto de sujeto pasivo del tributo o, por el contrario, esta condición no es necesaria, pudiendo la defraudación ser cometida por cualquier sujeto?, en otras palabras, ¿debe ser considerada la defraudación tributaria como un delito común o como un delito especial?

a) Si consideramos el delito fiscal como un delito común, como hacen autores como DE LA PEÑA VELASCO o PÉREZ ROYO, tendremos que afirmar que el sujeto activo del delito será quien realice la acción u omisión que integra el tipo, que en la mayoría de los casos serán los mismos sujetos pasivos de la relación tributaria, pero que, en el supuesto de que el cumplimiento efectivo de dichos deberes recaiga sobre una tercera persona, ésta será considerada, en caso de infracción, como sujeto activo autor de la misma.

La base argumental de estos autores se basa, entre otras ideas, en que el precepto legal no está referido al que elude el pago de “sus” tributos, sino que lo que se exige es que la conducta conduzca a la elusión del pago de impuestos, sean propios o ajenos. Sujeto sería, en palabras de RODRÍGUEZ MOURULLO, quien estuviese en condiciones fácticas de defraudar a la Hacienda. Además, atendiendo a la finalidad de la Ley, no hay elementos que induzcan a la restricción del precepto.

No obstante, reconoce esta tendencia doctrinal, cuando el tipo se realiza a través de conductas omisivas aparece como “cualificación necesaria” en el sujeto activo la condición de sujeto pasivo del tributo, pues es éste el único que ostenta la posición de obligado al cumplimiento de los deberes tributarios. Es decir, en los supuestos de comisión por omisión estaríamos ante un delito especial. Hay una concepción heterogénea dependiendo de la modalidad de comisión.

b) Y es precisamente este punto el que va a servir a otra parte de la doctrina para caracterizar este delito como especial propio. AYALA GÓMEZ afirma que sólo los sujetos pasivos tributarios que tengan la cualidad de contribuyente, responsable y sustituto del tributo tendrán la consideración de intranei. Sólo ellos pueden ser autores y el delito por tanto sería especial. Los demás sujetos intervinientes tendrían la categoría de extranei, ellos no pueden infringir los deberes jurídicos extrapenales, criterio de imputación exclusivo de los autores y su aportación al hecho se sitúa en el plano de la participación criminal.

Esta construcción no debe llevarnos a pensar en una impunidad de los extranei, como pretende articular algún autor, caso de MARTÍNEZ PÉREZ; temor que llevó a PÉREZ ROYO a caracterizar este delito como común, en aras de evitar lagunas de imputabilidad. Es posible articular la existencia de una autoría mediata del intraneus, cuando éste actúe a través de un ‘instrumento doloso no cualificado’, constituido por la actuación inmediata del ex-

traneus. Esta consideración cabe en los casos en los que el sujeto pasivo tributario se vale de un representante o un asesor fiscal.

En cuanto a los representantes, sean legales o voluntarios, han de ser considerados, según los casos, como un partícipe cómplice cooperador o inductor, evitándose así el recurrir a ampliaciones del concepto de sujeto pasivo-deudor.

La cuestión apuntada no supone tanto el construir un ‘delito común’, cuanto de regular adecuadamente las relaciones en nombre de otro (cosa que ya se hizo en su momento en cuanto a las personas jurídicas en el art. 15 bis CP, pero que en cuanto a las personas físicas aún no se ha planteado). Es un problema que interesa más a la parte general del código que a la concreta estructura del delito fiscal.

Por lo que respecta a los asesores fiscales (fundamentales en su función profesional de coadyuvar al cumplimiento de los deberes tributarios, tanto materiales como formales), deberán ser conceptuados como inductores, cómplices o cooperadores según la relevancia de su aportación, siendo siempre autor mediato el sujeto pasivo tributario.

II.1.2 Especial consideración a la figura del retenedor.

Hemos dejado para el final del epígrafe sobre el sujeto activo del delito, al RETENEDOR o RETENTOR (en especial nos referimos a aquellos que están obligados por la ley a detraer de las retribuciones que satisfagan una cantidad para ingresarla en la Hacienda Pública). Su enorme interés merece el estudio detallado que pasamos a exponer.

La cuestión que se suscita es si el comportamiento del retenedor, que no satisface el deber de ingreso, puede constituir la típica elusión del pago como modalidad de conducta del art. 349 CP o si, al contrario, debemos situarla dentro del tipo de apropiación indebida (art. 535 CP).

Algunos autores, ente los que se encuentran BAJO FERNÁNDEZ y ENRÍQUEZ SANCHO, han considerado que ambos supuestos son perfectamente aplicables y que estamos ante un supuesto de concurso de normas a resolver por el art. 68 CP. No obstante éstas son posiciones aisladas y que debemos rechazar de plano.

La tendencia mayoritaria manifiesta que el impago de las retenciones no puede insertarse dentro del tipo del art. 349 CP, por cuanto no existe una elusión tributaria propiamente dicha y consecuentemente el daño patrimonial que se causa a la Hacienda Pública no satisface el tipo penal. MATEU-ROS y CAJAL AGÜERAS niegan tal posibilidad en los siguientes términos:

1) El retenedor no es un auténtico sujeto pasivo de los tributos, tal como los define el art. 30 LGT, sino un agente colaborador de la Hacienda Pública, lo que impide que su actuación sea considerable como delito fiscal. Podría pensarse en clasificarlo como sustituto del contribuyente, tal como expresa el art. 32 LGT: “...quienes se hayan obligado por la Ley a detraer, con ocasión de los pagos que realicen a otras personas, el gravamen tributario correspondiente, asumiento la obligación de efectuar su ingreso en el Tesoro”. Pero no es ésta la técnica exacta en que la retención a cuenta consiste, porque el retenedor no detrae un gravamen tributario de los ingresos del sujeto pasivo (como sucedía en el antiguo Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal, anterior a la reforma de 1978 que introduce el actual IRPF, sistema al que responde el art. 32 LGT), sino una cantidad —carente en sí misma de individualidad fiscal— destinada a efectuar un ingreso a cuenta del futuro impuesto aún no devengado y en el que el sujeto pasivo contribuyente no está verdaderamente sustituido por otra persona.

Este criterio, no obstante, no puede ser decisivo para negar que sea adecuada la incriminación de la conducta dentro del art. 349 CP, pues la doctrina no es unánime en este punto, considerando algunos autores que el actual retenedor sí es un verdadero sustituto del contribuyente.

Así, FERREIRO afirma que la figura del sustituto se ha integrado en el nuevo sistema sobre las bases de las mismas normas generales que la regulaban en la anterior, y cumpliendo las mismas funciones que en ésta cumplían. Negar esta evidencia, a su juicio, sólo puede hacerse sobre la base de un rígido formalismo que entienda que la más mínima variación en las normas que regulan una institución jurídica suponen la destrucción de ésta o la configuración normativa de una institución diferente. El hecho imponible no tiene que ser tenido en cuenta por el legislador estáticamente, “fotográficamente”, en el momento en que se realiza en su totalidad, sino que puede ser tenido en cuenta dinámicamente, “cinematográficamente”, mientras se está realizando. Así se puede incardinar en el art. 32 LGT este tipo de retenedor-sustituto, que paga en lugar del posible contribuyente futuro, que ha realizado ‘en parte’ el hecho imponible, de una obligación tributaria e incierta que se concreta en un pago anticipado y a cuenta.

2) Lo dicho sirve también para rebatir la segunda objeción que plantean estos autores, que, basándose en la naturaleza de “meros anticipos a cuenta de un impuesto no devengado” de las cantidades retenidas, niegan que sea posible su inclusión en el tipo del delito fiscal que exige la existencia ‘previa’ de una deuda tributaria ya devengada y su consiguiente impago. La consideración “cinematográfica” que propugna FERREIRO salva este escollo.

En cuanto a que se trate de ‘cantidades a cuenta de tributos’ (para garantizar el cumplimiento de la obligación tributaria) y no de ‘tributos’ estrictamente, podemos objetar, siguiendo a PÉREZ ROYO, que el criterio de interpretación literal no es un argumento definitivo. Como no lo sería el simple hecho de considerar, al emplear el art. 39.2 LGT el término sustituto para referirse al retenedor, que éste pase a serlo de forma indiscutible.

3) Asimismo, negando el valor decisivo de la interpretación literal, PÉREZ ROYO no considera como concluyente la afirmación de MATEU-ROS y CAJAL AGÜERAS de que el art. 349 emplee expresamente el término ‘cuota’, exigiendo que su cuantía exceda de los cinco millones de pesetas, siendo notorio que este término no es aplicable a un simple retenedor. Así, de la misma forma que en su día doctrina y jurisprudencia interpretaron el término ‘impuestos’, que defectuosamente había introducido el antiguo art. 319 CP, por el correcto de ‘tributos’, ahora se podría actuar de igual forma para interpretar que cabe incluir dentro del término ‘cuota’, la suma del global de la cuotas de los sujetos sometidos a un mismo retentor.

Como todo lo expuesto, no obstante, no pretendemos hacer una apología en pro de la incardinación de la conducta del retentor dentro del tipo del art. 349 CP. Todo lo contrario, somos conscientes de que la exigencia del art. 4 CC, cuando establece que las leyes penales no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los expresamente comprendidos en ellas, obliga a desechar esta hipótesis, pues las construcciones que hemos “defendido” constituirán no solo una deformación del tipo, sino también una interpretación contra reo proscrita en el ámbito penal.

Pero esta exigencia que nos hace no considerar apta la incardinación del retentor dentro del tipo del 349 CP, nos lleva también a no considerar adecuada su inclusión dentro del delito de apropiación indebida del art. 535 CP. Máxime cuando es clara en la doctrina que tal inclusión se ha debido a razones estrictas de política criminal o, como algunos autores apuntan, a razones de justicia material. En el mismo plano encontramos la situación, dentro del 535

CP, del fraude de las cuotas obreras de la S.S. La doctrina moderna pone de manifiesto la necesidad de interpretar el art. 535 CP restrictivamente, como toda norma incriminadora, y que la inclusión de las dos situaciones señaladas corresponde exclusivamente a unas exigencias de política criminal ante claras deficiencias legislativas.

Varios son los soportes que desde diferentes esferas se han dado para situar la actuación del retentor dentro del marco de la apropiación indebida, tipificada en el art. 535 CP.

El primer apoyo, y muy importante, a esta postura, está contenido en la Circular del Ministerio de Hacienda de 16 de Diciembre de 1986 que dice, en coincidencia con la interpretación jurisprudencial: “La falta de ingreso de cantidades retenidas puede imputarse constitutiva de un delito de apropiación indebida previsto en el art. 535 CP, siendo imprescindible: a) Que la retención se hubiese practicado formalmente. b) Que las retribuciones objeto de la retención hubiesen sido satisfechas, y c) Que la falta de ingreso de las cantidades retenidas no derivase clara y directamente de la situación financiera de la empresa, cuya iliquidez le hubiese impedido atender tales créditos tributarios”.

El segundo apoyo lo encontramos en la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 1969, que define, en un alarde iuscivilístico, la retención como posesión de cosa ajena en virtud de título de depósito. Este parecer se ratifica en la STS de 24 de diciembre de 1986: “...desde el momento en que se produce la retención, el importe de la misma, pasa a construir un patrimonio separado, adscrito a un fin, o, en todo caso, constituye una parte integrante del patrimonio del trabajador abocada a ser integrada, en el Tesoro, por lo que desde ese mismo momento el empresario pasa a poseerla a título de depositario hasta el momento en que se verifica el ingreso en el organismo correspondiente, de forma que el empresario posee las cantidades detraídas en virtud de uno de los títulos expresamente aludidos en el art. 535 CP, pero en todo caso, lo que no puede ponerse en duda es que la posee en virtud de un título de los innominados a los que abarca la fórmula genérica del mentado precepto penal...”.

También la doctrina ha apoyado en algunos casos tal construcción, como aquellos que opinan que no estamos simplemente ante una conducta desleal con la Hacienda Pública, sino que existe un elemento sobreañadido de ‘desvalor’ en la conducta que justifica la aplicación del art. 535 CP.

Nosotros, como ya apuntamos, no consideramos acertado situar la actuación fraudulenta del retenedor dentro del tipo de apropiación indebida (aunque las exigencias de incriminación actual de estas conductas deben reconducirse a esta figura apoyada desde la Administración y la jurisprudencia). Nuestras razones para tal negativa son en síntesis:

1) El art. 535 CP está enmarcado dentro del Título XIII, “de los delitos contra la propiedad”, mientras que el bien jurídico que se quiere proteger no es otro que la “Hacienda Pública” (aunque no se pueda enmarcar esta conducta dentro del art. 349 CP) y no ningún patrimonio, ni aun el Erario Público.

Por la misma razón tampoco debemos considerar que esta conducta lesione el patrimonio del sujeto sometido a la retención. El art. 36, párrafo 3, de la ley del IRPF, establece que: “las cantidades efectivamente satisfechas por los sujetos obligados a retener se entenderán percibidas en todo caso con deducción del importe de la retención correspondiente”, se trata de una presunción absoluta de que la retención ha tenido lugar. De manera que el sujeto obligado al pago de las cantidades retenidas es en todo caso el retenedor, sin que la Administración pueda suplir su falta de pago dirigiendo la acción contra el sujeto pasivo o contribuyente (reclamándole el pago total de la deuda tributaria, sin deducción de las retenciones no ingresadas).

2) Por otra parte, autores como MARTÍNEZ PÉREZ, han negado que pueda incluirse la obligación surgida entre el retenedor-sustituto y la Hacienda Pública en uno de los títulos del tipo objetivo de la apropiación indebida. El retenedor no es un depositario, y su obligación tampoco puede situarse en los títulos innominados que permite el art. 535 CP, y afirmar que lo detraído de los pagos realizados en un “patrimonio” afectado a un fin (STS de 24 de diciembre de 1986), es una ficción jurídica elaborada para dar una rápida respuesta a un fenómeno extendido y que perjudica gravemente intereses supraindividuales.

3) El art. 535 CP daría, además, únicamente, solución al supuesto del retentor que habiendo retenido, ni declara, ni ingresa. Pero las demás posibilidades quedan fuera del precepto con lo que no se produce el tan conveniente tratamiento homogeneizado y omnicompreensivo de la figura del retentor.

Así podemos apreciar que en los supuestos en que el retenedor ni retiene ni ingresa, quedan al margen totalmente del tipo de apropiación indebida y el incumplimiento de deberes formales, que en otros supuestos daban lugar al nacimiento del tipo de defraudación tributaria, quedan ahora impunes.

4) La última razón que argumentamos sería la inexistencia de un límite objetivo de punibilidad adecuado respecto al resto de las actuaciones que suponen defraudación al Tesoro (fijado en cinco millones de pesetas), ya que el único límite que ofrece el delito de apropiación indebida es de 30.000 pesetas.

En resumen, las dificultades que de uno y otro lado surgen, hacen aconsejable la creación de un nuevo tipo penal que recoja de forma global las distintas hipótesis delictivas de la actuación del retentor. Esto es lo que sucede en el derecho comparado más próximo, casos de Italia y Francia.

II.1.3 Persona jurídica.

Pasamos ahora a configurar a la PERSONA JURÍDICA como sujeto activo del delito fiscal. El tradicional aforismo “societas delinquere non potest” ha traído la ideación de distintas soluciones para evitar la impunidad de los delitos, esencialmente los de carácter económico o patrimonial, en los que la entidad asociativa sirve de instrumento o cobertura para su comisión. En nuestro caso, la nueva redacción del art. 349 CP no contiene la referencia expresa, y muy criticada en su día, de su antecesor el art. 319 CP. Sin embargo, esta cuestión viene resuelta con carácter general, por el art. 15 bis CP.

Como ha coincidido la práctica totalidad de la doctrina: la cuestión de la autoría respecto de las personas jurídicas, no se resuelve sin más con la invocación del art. 15 bis CP. Dicho artículo se refiere con cierta objetividad al ‘director’, ‘órgano’ o ‘representante legal o voluntario’, pero a esas caracterizaciones hay que añadir otras que establezcan una vinculación entre su actuación al frente de la persona jurídica y la comisión de los hechos tipificados como delito, vinculación imprescindible para fundar el obligado juicio de culpabilidad necesario para imponer una sanción penal, como expresamente determina el art. 1 CP.

Precisamente, las dificultades de esta construcción no son de orden teórico, sino de naturaleza probatoria y de la concreta individualización de las responsabilidades de los sujetos del art. 15 bis CP, cada uno en su ámbito. Este artículo sólo tendrá aplicación ‘automática’ en los supuestos de comisión por omisión en los cuales ocupan los citados sujetos la obligación de garantizar el cumplimiento de los deberes tributarios infringidos.

Por otra parte el art. 15 bis CP no resuelve la cuestión de los “entes carentes de personalidad jurídica”, que a tenor del art. 33 LGT son sujetos de las

obligaciones tributarias que así se establezcan, y que no pueden enmarcarse dentro del precepto citado por no tener, precisamente, personalidad jurídica.

Autores como DE LA PEÑA, partidarios de la consideración del delito fiscal como común, manifiestan que si no se admite que un tercero, ajeno a la relación obligacional, pueda ser sujeto activo del delito fiscal, estaremos en presencia de un supuesto atípico.

Esta consideración no es correcta, ya que partiendo de la consideración del delito fiscal como especial se llega a su efectiva incriminación. MARTÍNEZ PÉREZ lo hace por medio de una ampliación de los intranei (con la inclusión del art. 33 LGT). AYALA GÓMEZ da una solución más coherente, recordando que los supuestos del art. 33 LGT, las personas físicas que componen estos entes carentes de personalidad jurídica han de ser considerados como sujetos pasivos, en concordancia con el art. 39 LGT que establece su carácter de responsables solidarios. Así, sean considerados como sujetos pasivos stricto sensu o como responsables, en ambos casos aquéllas son tenidos como “obligados” por lo que son intranei sin necesidad de forzar el alcance de su concepto.

II.2 El sujeto pasivo.

Esta cuestión no plantea, en principio, mayores problemas. Aparte del rótulo genérico del título (“Delitos contra la Hacienda Pública”) la propia redacción del tipo penal que nos ocupa se encarga de delimitar que la Hacienda estatal, autonómica y local son titulares del derecho de crédito surgido con la imposición de los tributos que ellos pueden crear o les han sido transferidos. Serán éstas las que se erijan en sujetos pasivos de la defraudación. Por otra parte, con la reforma de 1985 se ha subsanado la falta de referencia a las Haciendas autonómicas que contenía el antiguo art. 319 CP.

En el marco del sujeto pasivo la polémica se basa en dos puntos: la defraudación a la SS y a las Haciendas institucionales.

— En cuanto al fraude a la SS, su encuadre en el art. 349 CP es infructuoso al no estar señalado dentro de los posibles sujetos pasivos del delito, además, dice expresamente el art. 5 LGT: “Las cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género de la SS constituyen un patrimonio único afecto a sus fines, distinto del patrimonio del Estado”. Esta laguna tiene suficiente trascendencia para justificar la necesidad de una reforma legislativa en

la que se incluya expresamente el tratamiento jurídico-penal del fraude a la SS (en este sentido estaba elaborado el Proyecto de CP de 1980).

No obstante, la perentoria necesidad de castigar estas conductas ha conducido a la doctrina y jurisprudencia a situar con más o menos fortuna (como ya comentamos al hablar de las retenciones), el fraude a la SS dentro del tipo de apropiación indebida. Como dice al STS de 15 de diciembre de 1983: “Las sentencias de esta sala tienen declarado que la retención por el empresario de cuotas e impuestos que han de pagar los trabajadores por SS y trabajo personal detraídas de dos nóminas salariales, y no entregadas al Instituto Nacional de Previsión, constituyen delito de apropiación indebida”.

— Defectuosa es también la ausencia de referencia alguna a las Haciendas institucionales dentro del tipo, máxime cuando ésta percibe cantidades muy importantes en algunos casos por tasas parafiscales.

Algún autor, caso de DE LA PEÑA, quiso entrever la posibilidad de incluir a la Hacienda institucional dentro de la del Estado, aduciendo el art. 2 LGP. Este precepto reconoce expresamente su carácter presupuestario y contable, fundamentado en el principio de unidad de presupuesto. En el marco tributario no puede desconocerse el hecho de que las entidades autónomas son titulares de un patrimonio propio diferente formalmente del estatal.

Estamos pues ante una laguna de punibilidad que no es reconducible de alguna u otra forma a otro precepto penal, como se hacía en el supuesto anterior. Lo recomendable hubiese sido como apuntaba DE LA PEÑA, la mención a la “Hacienda Pública” en abstracto, sin ulteriores matizaciones, tal y como el propio legislador hace al abordar los restantes delitos contra la Hacienda Pública (fraude de subvenciones y contable), pero que no efectúa en el caso de la elusión del pago o del disfrute indebido de beneficios fiscales, provocado seguramente, como apunta PÉREZ ROYO, por la inercia de la redacción de 1977.

II. ANTIJURICIDAD

Vamos a analizar la antijuricidad desde el punto de vista negativo, es decir, mediante la constatación de su no existencia en el caso concreto por la concurrencia de causas de justificación.

EL ESTADO DE NECESIDAD. Esta causa de justificación es difícil de fundamentar, el carácter supraindividual del bien jurídico protegido debe primar sobre los intereses particulares que puedan estar en conflicto con él, incluida la propia conservación de la empresa en situaciones de dificultad económica.

No obstante, encontramos sentencias en las que ‘incidentalmente’ se ha hecho alusión a un “estado de iliquidez” como variante del “estado de necesidad”, caso de la S. de la A.P. de Las Palmas de 14 de diciembre de 1989: “...La omisión de las declaraciones pertinentes se debió a la imposibilidad de hacer frente al pago en que se encontraba por falta de iliquidez debida a sus negocios que había emprendido, que llevaron a hipotecar sus propiedades...”. Aunque ésta no constituyó la ‘ratio decidendi’ del fallo absolutorio, su estimación por la sala sirve para cuestionar la ‘tajante’ inaceptabilidad planteada por la doctrina.

EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO. Son, esencialmente, aquellos casos en que el sujeto formula una consulta a la Administración y actúa siguiendo los criterios de la respuesta dada. Si bien las respuestas a estas consultas no tienen carácter vinculante, salvo determinados casos, como dice el art. 107 LGT, el mismo precepto afirma que: “...el sujeto pasivo que tras haber formulado su consulta hubiese cumplido las obligaciones tributarias de acuerdo con la contestación del órgano competente, no incurrirá en responsabilidad (siempre que se den unos requisitos que especifica el propio artículo en orden a garantizar el carácter legal de la consulta)”. En este supuesto la conducta no sería delictiva por la falta de antijuricidad en la conducta.

IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO Y LA CULPABILIDAD

Del elemento subjetivo del injusto, componente del tipo de obligada referencia tras la Reforma del CP de 1983, solamente especificaremos las dos direcciones en que se mueve la doctrina:

a) Los que consideran que el verbo “defraudar” contenido en el tipo supone como requisito implícito la existencia de un elemento subjetivo del injusto: el ánimo de lucro.

b) Los que, coherentes con la desaparición del ánimo de defraudar tras la reforma operada en el delito fiscal en 1985, consideran el tipo del art. 349 CP como un delito de tendencia, siendo considerado como elemento subjetivo del injusto suficiente el dolo genérico del delincuente fiscal que abarca tanto el conocimiento de la existencia del deber de ingresar el tributo como la voluntad de eludirlo.

Pasamos a delimitar ahora, de manera preliminar, la posibilidad de comisión imprudente del delito fiscal. Ante esta cuestión se pueden adoptar dos posturas:

— Excluir dicha posibilidad. Mantienen esta postura aquellos autores que sostienen un concepto restrictivo del verbo ‘defraudar’, de modo similar al contenido en el delito de estafa, y que excluyen dicha posibilidad en base al requisito implícito del ánimo de lucro.

— Admitir la posibilidad de formas culposas. A esta conclusión se puede llegar por dos vías: a) Dando al término defraudación un cariz menos estricto, más omnicompreensivo, no asimilándolo con su concepción dentro del delito de estafa. b) Trasladando el concepto nuclear del tipo desde la defraudación a la elusión (o al disfrute indebido) que causa la defraudación, perifrasis de actuación apta para la admisión de formas culposas.

PÉREZ ROYO, coherente con la afirmación de que el art. 349 no incorpora ningún “ánimo de lucro”, entiende que no hay obstáculos estructurales para la incriminación a título de imprudencia. Ahora bien, él mismo matiza que existen razones que desaconsejan la incriminación de formas culposas en el delito fiscal.

La primera sería una razón de política criminal: la conveniencia de reducir al ámbito de represión penal a los comportamientos dolosos de defraudación tributaria, pretensión expresada por la doctrina dominante acorde con el principio de intervención mínima. Una segunda sería la necesidad de reservar los comportamientos a título de simple negligencia dentro del ámbito de las infracciones tributarias recogidas en la LGT, dejando la vía penal a las conductas más atentatorias para la Hacienda Pública, adoptando así una interpretación sistemática del conjunto del ordenamiento jurídico.

IV.1 El error en los delitos contra la Hacienda Pública.

Estrechamente ligado, al menos en el delito fiscal, con la no incriminación de las formas culposas está el polémico tema del error. Para su análisis,

hemos aunado en este epígrafe el error de tipo, que en cuanto a excluyente del dolo pertenece a la teoría del tipo subjetivo, y al error de prohibición, que afecta a la culpabilidad como elemento autónomo del delito. Tal artificio lo justificamos en base a dar un tratamiento uniforme y global a este tema.

El error de tipo está contenido en los dos primeros párrafos del art. 6 bis a) PC: “El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.

Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa”.

Partiendo de la imposibilidad o de la impunidad de la comisión imprudente en el caso del delito fiscal, este tema cobra interés en nuestro caso, pues cualquier error sobre los elementos configuradores del tipo, sea vencible o invencible, determinará la impunidad y todo lo más la posibilidad de imponer una sanción administrativa.

En cuanto al error de prohibición, se encuentra respectivamente en el último párrafo del art. 6 bis a) CP: “La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el art. 66”. El error de prohibición vencible deja subsistente el dolo pasando a atenuar la pena en uno o dos grados a la señalada por la Ley, tal y como especifica el art. 66 CP.

El problema que nos surge es el siguiente: ¿Cómo hay que calificar el error vencible de quien —bien porque desconoce la norma fiscal o porque la interpreta incorrectamente— elude el pago de un tributo (o disfruta indebidamente de un beneficio fiscal), como un error de tipo excluyente del dolo y, por tanto, también de la tipicidad penal, o como un error de prohibición que, al ser vencible, sólo permite una atenuación de la pena del delito doloso cometido? La cuestión consiste ahora en adaptar la teoría general del error en el delito fiscal. Las respuestas doctrinales se han defendido desde todos los puntos.

A) Una primera tendencia estaría encabezada por PÉREZ ROYO que, siguiendo a la doctrina alemana, afirma que en los supuestos indicados nos hallamos ante un error sobre el tipo, que excluye el dolo. El dolo en el delito de defraudación tributaria requiere el conocimiento de la existencia de una deuda tributaria y de unos determinados deberes fiscales cuya vulneración integra la

acción típica del delito. El incorrecto conocimiento de estos extremos afecta pues, a la producción del tipo, el cual no se verá realizado al fallar el dolo. Quien no conoce la existencia de una deuda tributaria no puede tener la intención de eludir su pago. Lógicamente, el error de prohibición tiene un escaso ámbito de aplicación en la defraudación tributaria.

B) De forma opuesta se manifiesta en la doctrina alemana MAIWALD, aunque en nuestro país ningún autor haya adoptado todavía su tesis. Este autor mantiene que en este caso hay que admitir el error de prohibición, que no afecta en nada al dolo del tipo: quien sabe que está obligado al pago de un determinado impuesto y elude su pago, tiene también al mismo tiempo conciencia de su ilicitud. Para este autor, cualquier elusión del pago supone conciencia del deber tributario y, por tanto, de la antijuricidad, por lo que todo error sobre la existencia de la deuda tributaria es error de prohibición.

C) Un tercer grupo de autores propugna una serie de soluciones intermedias. Tal es el caso de BACKES en Alemania, o MIR PUIG en España. Este último argumenta, para solucionar el problema de la defraudación en la ley penal en blanco que, el error sobre un elemento objetivo de la norma destinada a rellenar la ley penal en blanco constituye un error de tipo, mientras que el error sobre la existencia de la norma complementaria da lugar a un error de prohibición. Esta solución, que acoge el derecho positivo italiano, reduciría la labor de establecer la frontera entre una clase de error y la otra. No obstante, esta distinción es insostenible, aparte de su formalismo, porque conduce al intérprete o al juzgador a un callejón sin salida; basta que alguno de los elementos de la norma extrapenal sea incorporado al tipo para que varíe la concepción del problema.

D) La cuarta y última postura, que vamos a seguir, es la defendida por MUÑOZ CONDE. Éste parte de una base: el deber tributario, del mismo modo que la deuda tributaria y que los deberes de información son al mismo tiempo presupuesto del tipo y de la antijuricidad. Si el contribuyente desconoce, por las causas que sean, estos hechos, no puede tener intención de eludir el pago de sus tributos o de disfrutar indebidamente de beneficios fiscales. Y a la inversa, si conoce e incumple estos deberes realiza el tipo y, normalmente, la antijuricidad del delito de defraudación tributaria. El conocimiento de los deberes tributarios es presupuesto tanto del dolo del tipo como del conocimiento de la antijuricidad. El error sobre los mismos es, al mismo tiempo, error sobre el tipo y error de prohibición.

Sin embargo, es preciso elegir entre las dos posibilidades que se ofrecen. MUÑOZ CONDE se va a decantar por considerar que, salvo casos extremos, lindantes con la figura del delincuente por convicción o la desobediencia civil, la mayor parte de los casos de error del contribuyente (que se refieren a la deuda tributaria o a los deberes de información y colaboración) deben ser tratados como error de tipo y conducir a la impunidad.

No hay que esperar a tratar en el ámbito de la culpabilidad (error de prohibición) lo que ya puede ser tratado (y excluido) en el ámbito de la tipicidad. Si el desconocimiento del deber tributario descansa en una falsa apreciación de los datos de hecho o de la normativa aplicable, y con ello desaparece el propósito de defraudar a la Hacienda Pública, ello debe conducir ya a la exclusión del dolo y, por lo tanto, del tipo de la defraudación tributaria. Se trata, pues, de un error sobre elementos integrantes de la infracción penal que aun siendo vencible, no fundamenta en este caso ninguna responsabilidad penal por no ser punible en este delito la comisión imprudente del mismo. Así, el error de prohibición tiene escasa incidencia dentro de la defraudación tributaria, y en general de los delitos económicos.

Los fundamentos desde el punto de vista de la política criminal a favor de esta postura son variados. De una parte se considera lógico que, dada la complejidad técnica y la indeterminación de las nuevas normas tributarias, ésta se compense, desde el punto de vista subjetivo, dando mayor relevancia al error del ciudadano sobre la misma. Por otra parte, se apunta que la intervención del derecho penal en esta materia debe reservarse para aquellos casos de abierto incumplimiento intencional, dejando las más o menos negligentes para el ámbito de las sanciones administrativas.

Por otra parte la relevancia del error es, en general, una conquista muy reciente de la legislación penal española, en la línea de dar una mayor protección a los derechos fundamentales del ciudadano, frente a las excesivas intromisiones del poder punitivo del Estado, y por eso debe orientarse la concepción más favorecedora del mismo posible.

No obstante, es muy importante señalar en el plano negativo a la admisión práctica del error, que en razón del límite cuantitativo de cinco millones exigido para la incriminación de la defraudación tributaria, el ámbito de los sujetos afectados se reduce a personas relacionadas con elevadas magnitudes económicas, conocedores perfectamente de sus obligaciones tributarias cuando no bien asesorados fiscalmente, por lo cual la apreciación del error, si es coherente con la realidad, creemos que va ser mínima.

Así, junto a las exigencias teóricas de crear una “teoría del error orientada hacia las consecuencias” (MUÑOZ CONDE), que apunta hacia la imputabilidad en caso de error, nos encontramos con la realidad práctica que va a minimizar, a nuestro entender, el problema, por la escasa admisión que el error va a tener en nuestros tribunales.

CONCLUSIÓN

No podemos acabar nuestra exposición sin hacer referencia a las ‘cuestiones de fondo’ que subyacen en este tema. La tipificación en el ámbito penal del delito fiscal no es un fenómeno aislado, sino que está enmarcado en una línea general represiva contra las defraudaciones a la Hacienda Pública. Comparten dicha naturaleza las infracciones tributarias y, en general, todo el conjunto de medidas tendentes a facilitar la información al contribuyente y mejorar las actuaciones inspectoras.

Desde esta concepción global, la represión penal debe reservarse a los comportamientos más relevantes. Ahora bien, una vez el legislador decide firmemente la tipificación penal de estas conductas, debe proceder con la misma firmeza y precisión a su represión. Este aspecto constituye todavía, a nuestro criterio, una aspiración.

No obstante, no debemos olvidar un aspecto esencial: la ‘transparencia tributaria’ supone la contraprestación a una ‘transparencia presupuestaria’. Los poderes públicos podrán exigir esta primera en la medida que garanticen la segunda. ‘Transparencia tributaria’, sí, pero en la misma estricta medida una respuesta al interrogante ‘popular’ ...¿A dónde van a parar nuestros impuestos?

BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO PÉREZ, JOSE: "El delito fiscal: La no presentación de la declaración tributaria como medio para cometerlo". Revista "Gaceta fiscal", n° 42, marzo 1987.
- ARANZADI. STS 29 de junio de 1985. Ref. 3.087.
- ARANZADI. STS 12 de marzo de 1986. Ref. 1.426.
- ARANZADI. STS 12 de mayo de 1986. Ref. 2.449.
- ARANZADI. STS 2 de marzo de 1988. Ref. 1.520.
- AYALA GÓMEZ, IGNACIO: "El delito de defraudación tributaria: Art. 349 del CP". Ed. Civitas. Madrid 1988.
- BAJO FERNÁNDEZ, MANUEL: "Delitos contra la Hacienda Pública". Revista "Gaceta fiscal", n° 42, marzo 1987.
- BERMEJO RAMOS, JESÚS: "Tratamiento de los delitos contra la Hacienda Pública en la nueva regulación del CP". Revista "Gaceta fiscal", n° 24, julio 1985.
- CÓRDOVA RODA, JUAN: "El delito fiscal". "Comentarios al CP". Vol. III. Ed. Ariel. Barcelona 1978.
- DE LA PEÑA VELASCO, GASPAR: "Breves comentarios a la tercera sentencia condenatoria por delito fiscal". Revista "Crónica tributaria", n° 51, 1984.
- DE LA PEÑA VELASCO, GASPAR: "Reflexiones sobre el art. 349 del CP". Revista "Crónica tributaria", n° 53, 1985.
- ENRÍQUEZ SANCHO, RICARDO: "Consideraciones sobre el delito fiscal". Revista "Crónica tributaria", n° 53, 1985.
- ESCORSA, PERE: Revista "El ciervo", n°s. 463-464. Septiembre-octubre 1989.
- FERNÁNDEZ CUEVAS, ANTONIO: "El delito fiscal, ¿delito imposible? Revista "Crónica tributaria", n° 42, 1982.
- FERREIRO LAPATZA, JOSÉ JUAN: "La figura del sustituto". Revista "Crónica tributaria", n° 28, 1979.
- FERREIRO LAPATZA, JOSÉ JUAN: "Curso de Derecho financiero español". Ed. Marcial Pons. Madrid 1988.
- FERRE OLIVE, JUAN CARLOS: "La omisión de declaración tributaria, ¿configura un delito fiscal?". Revista "Poder judicial", n° 10. Junio 1988.
- FERRE OLIVE, JUAN CARLOS: "El delito contable". Ed. Praxis. Salamanca, 1988.
- GRACIA MARTÍN, LUIS: "La configuración del tipo objetivo de evasión fiscal en el D. penal español: crítica a la regulación vigente y propuestas de reforma". "Revista española de D. financiero". Ed. Civitas. Abril-junio 1988.
- IBARRA IRAGÜEN, JESÚS MARÍA: "El impago de los tributos: circunstancias y causas que pueden implicar su consideración como delito contra la Hacienda Pública". Revista "Gaceta fiscal", n° 24. Julio 1985.
- LÓPEZ DE ARRIBA Y GUERRI, ALBERTO: "El retenedor y el sustituto". Revista "Impuestos", n° 9. Mayo 1989.
- MANTERO SÁENZ, ALFONSO: "Un 'nuevo' delito contra la Hacienda Pública: la apropiación indebida de las retenciones tributarias". Revista "La Ley". Miércoles, 17 de junio de 1987.

- MATEU-ROS CEREZO, RAFAEL y RAMÓN Y CAJAL AGÜERAS, PEDRO A.: "Efectos penales y tributarios de la falta de ingreso de las retenciones a cuenta del IRPF". Revista "Crónica tributaria", n° 53, 1985.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL: "Los delitos contra la Hacienda Pública en el CP español". Revista "Crónica tributaria", n° 53, 1985.
- MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS: "El delito fiscal". Ed. Montecorvo. Madrid, 1982.
- MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS: "El delito de defraudación tributaria tras la reforma de 1985: estado actual de la doctrina y jurisprudencia". Revista "Poder judicial", n° 5. Marzo 1987.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "El error en el delito de defraudación tributaria del art. 349 CP". "Anuario de D. penal y ciencias penales". Tomo XXXIX, fascículo II. Mayo-agosto, 1986.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "Derecho penal, parte especial". Sevilla, 1986.
- NOREÑA SALTO, JOSÉ RAMÓN: "La elusión del pago de tributos: principales problemas interpretativos". Revista "Crónica tributaria", n° 53, 1985.
- PÉREZ ROYO, FERNANDO: "Los delitos y las infracciones en materia tributaria". Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1986.
- PONT MESTRES, MAGIN: "Necesidad de distinguir entre supuestas cuotas no pagadas y cuotas defraudadas, en la nueva ley sobre delitos contra la Hacienda Pública". Revista "Gaceta fiscal", n° 24. Julio, 1985.
- Revista "Actualidad penal". S. de la A.P. de Madrid de 27 de marzo de 1989. Observaciones, n° 15, semana 10-16. Abril, 1989.
 - Revista "Impuestos". S. de la A.P. de Logroño de 24 de marzo de 1988.
 - Revista "Impuestos". S. de la A.N. de 24 de julio de 1988. N. 4, 15 de febrero de 1989.
 - Revista "Impuestos". STS de 24 de febrero de 1989. N. 11, 1 de junio de 1989.
 - Revista "Impuestos". S. de la A.P. de Barcelona de 3 de abril de 1989. N. 18. 15 de septiembre de 1989.
- RODRÍGUEZ DE VESA, JOSÉ MARÍA: "D. penal parte especial". Ed. Dykinson. Madrid, 1987.
- SERRANO GÓMEZ, ALFONSO: "Delitos contra la Hacienda Pública". Revista "Actualidad penal", n° 28, semana 6-12. Julio, 1987.
- STAMPA BRAUM, JOSÉ MARÍA: "Análisis de la L.O. 2/85 de 29 de abril, del delito fiscal". Revista "Gaceta fiscal", n° 24. Julio, 1985.
- VIEDMA, JOSÉ MARÍA. Revista "El ciervo", n° 463-464. Septiembre-octubre, 1989.

LA UNIÓN DE HECHO: EFECTOS PERSONALES

**JUAN JOSÉ DELGADO CABRERA Y
ANA MARÍA MONTESINOS AFONSO**

ESTUDIANTES DE QUINTO CURSO DE DERECHO
ACCÉSIT PREMIO DE ESTUDIOS JURÍDICOS "FORO CANARIO",
RELATIVO A ESTUDIANTES DE DERECHO

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN. TENDENCIAS ACTUALES
- II. TERMINOLOGÍA
- III. CONCEPTO. REQUISITOS. CAUSAS
 - A. REQUISITOS
 - A.1. REQUISITOS OBJETIVOS
 - A.2. REQUISITOS SUBJETIVOS
 - A.3. REQUISITOS FORMALES
 - A.4. OTROS REQUISITOS

B. CAUSAS

B.1. MOTIVOS ECONÓMICOS

B.2. MOTIVOS SOCIALES

B.3. MOTIVOS LEGALES

B.4. MOTIVOS IDEOLÓGICOS

B.5. OTRAS CAUSAS

IV. CONSIDERACIÓN LEGAL MODERNA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

B. CÓDIGO CIVIL

C. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

D. CÓDIGO PENAL

E. LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

F. REGULACIÓN JURISPRUDENCIAL

V. EFECTOS DE LA UNIÓN DE HECHO

A. INTRODUCCIÓN

B. EFECTOS PERSONALES Y FAMILIARES

1. ESTADO CIVIL

2. FILIACIÓN

2.1. Introducción.

2.2. Unión familiar de hecho.

2.3. Clases de filiación en la unión de hecho. Incidencia de la REF. de C.C. de 13 de mayo de 1981.

2.4. Especial estudio de la adopción en la unión de hecho.

2.5. Referencia a la utilización de técnicas de producción asistida por los miembros de la unión.

- 2.6. Determinación de la filiación: Paternidad y Maternidad.
- 2.7. Reclamación e impugnación de la filiación originada en la unión.
- 2.8. Contenido de la filiación; referencia especial a la patria potestad.
- 2.9. Últimas consideraciones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN. TENDENCIAS ACTUALES

La unión entre un varón y una mujer tiene un carácter jurídico, nace del consentimiento de los contrayentes y en el consentimiento encuentra su fundamento; y esta unión de voluntades, por tanto, debe recaer sobre un proyecto de vida en común, que en el momento inicial tiene que ser de una unión completa, aunque pueda disolverse por causas sobrevenidas, que frustran el inicial proyecto y hacen imposible alcanzar su función y finalidad.

El consentimiento se presta de por vida y de por vida es el proyecto, aunque a posteriori pueda verse frustrado. Si no hay unión concertada de por vida, podrá haber otro tipo de relación, pero no podrá hablarse en puridad de unión conyugal. Y en este aspecto es donde se centra el tema de las uniones de hecho, como todas aquellas uniones pasajeras o queridas como transitorias que no merecen la calificación de matriminio, y la diferencia con el matrimonio está en el carácter institucional de éste, el cual lo regula el Derecho Civil considerándolo como negocio jurídico formal y solemne el cual se perfecciona con la emisión de los consentimientos y la observancia de determinadas formalidades.

En nuestros días la existencia de uniones libres es algo incuestionable, tomando como punto de partida esta realidad tan constatada, el jurista puede optar por ignorarla o por tratar de incorporar tal realidad social al mundo del Derecho mediante su regulación. Ya que si el Derecho debe ser la transcripción de la realidad social, no es lógico que el hecho que una pareja soltera que desarrolla su vida como casada, por su importancia, acoplamiento y naturalidad social, no sea amparado por el Derecho; y además si tenemos en cuenta que de dicha unión surge una multiplicidad de relaciones jurídicas tales como configurar un patrimonio conjunto entre ellas, que algún día habrá que dividirse o como la celebración de todo tipo de negocios jurídicos entre sí o con terceros, o que la muerte de uno de ellos puede ocasionar un perjuicio cierto a su compañero, o el hecho mismo de tener hijos comunes, son cuestiones que no pueden quedar ajenas al Derecho, el cual y hasta nuestros días se ha caracterizado por un silencio legal y una cierta desatención jurídica.

La unión familiar de hecho se basa en dicha unión extramatrimonial. Es una situación que no está prevista por el Derecho, pero tampoco está prohibida por el mismo. Es ajurídico, pero no antijurídico; sin embargo carece

de normativa legal a pesar de la serie de efectos con trascendencia jurídica que puede producir respecto a las relaciones personales y patrimoniales.

Sin embargo, se ha originado un movimiento internacional cuyo objetivo está en la juridización de las relaciones extramatrimoniales, dejando al margen los prejuicios morales y atendiendo a criterios de técnica jurídica y de demanda social. El Derecho debe dar un paso más en la democratización de la vida civil, sin perjuicio del respeto a todos los modos tradicionales de organización de la sociedad española y de su adecuada protección.

II. TERMINOLOGÍA

La existencia de innumerables vocablos, demuestra la propagación universal del hecho social de las uniones de hecho, y la importancia que día a día van adquiriendo.

En Roma, a la concubina se la llamaba “pellicex” o “amica”, utilizándose el sustantivo “pellex” a quien tenía relaciones con un hombre casado. En España, en los siglos X y XI, aparecen en el Código de Tortosa los términos “derut” y “druda” para designar a los concubenarios. En el Derecho Medieval Alto, se utilizó frecuentemente el término de “Barraganía” para describir este fenómeno social; y “barragana” se llamaba a la mujer que vivía en ese estado.

Actualmente, Merino Gutiérrez utiliza la expresión “unión libre”, ya que refleja suficientemente el carácter de tales parejas. Podría aceptarse igualmente la denominación “uniones extramatrimoniales” o “parejas no casadas” que indican el carácter ajeno al matrimonio. Cabría también hablar de “unión de hecho” o “unión marital de hecho”, pero tales términos parecen contraponer el matrimonio a las uniones libres, acentuando el carácter jurídico de las primeras frente al significado ajurídico de las segundas. También se habla de “familia de hecho” o “familia no matrimonial”, pero el problema que existe con estas expresiones es que aluden a realidades más amplias. Y, por último, la utilización del término concubinato es objeto de rechazo social por su sentido peyorativo.

Estrada Alonso emplea las expresiones “familia de hecho”, “unión libre”, “uniones extramatrimoniales”. Éstas son más acordes con la realidad social española.

A pesar de lo indicado, salvo algunas excepciones, la evolución gramatical, tanto por parte de los tribunales, como por los académicos, ha sido mínima, pues continúan utilizando términos en los que se refleja un sentido despectivo, como son los de concubinato, manceba, o concubina.

Al contrario de lo que sucede en España, en Italia se han desechado dichas expresiones, y han nacido nuevas palabras como “convivencia more uxorio”, “institución a la sombra”, “famiglia di fatto”, etc., que son más acordes con los tiempos que corren. Pero se han confundido, tanto en Italia como en otros países, la familia natural, con la familia de hecho que engloba las relaciones de los compañeros.

En Francia se distinguen tres tipos de conceptos:

- a) Le stuprum: se refiere a las relaciones pasajeras o accidentales, con exclusión de toda cohabitación y continuidad.
- b) Le concubinage: las relaciones son continuas, pero no existe comunidad de existencia.
- c) Le concubinat o unión libre: relaciones en las que existe comunidad de existencia.

Este país ha tenido una gran tradición en el empleo de la expresión concubinato, pero en las últimas sentencias y publicaciones francesas el concepto de “unión libre” es el más difundido. Pero también se han creado expresiones de la más variada imaginación: “feux ménage”, “ménage de fait”, “vivre maritalemet”, “unión ilegítima”..., etc. Y para referirse a los compañeros se utilizan los términos de “maitresse”, “compagne”, “libertarios”.

En Alemania, para un sector doctrinal el término a utilizar es el de “konkubinat” o “Nichteheliche lebensgemeinschaft”. Otros autores usan los de “Ehliche Gemeinschaft”, “Lebensgemeinschaft”.

En Inglaterra también se recogen multitud de expresiones como “Marriagelike Unions”, “Free Unions”, “New Marriages”, “Informal Marriages”, “Extramartial Cohabitation”, “Facto Sponses”, etc.

Y por último, en los países Sudamericanos, tenemos las siguientes: a) en Colombia, se le atribuye el sustantivo “amasía”, b) en Ecuador se usa “socia de asiento”, c) en México se emplea el calificativo de “Matrimonio por comportamiento”, d) en Guatemala se utiliza el término “unión de hecho”. Pero en la mayoría de estos países se sigue utilizando el término concubinato.

III. CONCEPTO. REQUISITOS Y CAUSAS

Estrada Alonso nos da una definición que recoge sustancialmente la idea de las uniones libres afirmando lo siguiente: “Es la unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente y capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad, y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos”. Pero el autor alemán Strätz introduce en su concepto la posibilidad de que la convivencia se puede romper por la voluntad unilateral de un miembro de la unión de hecho. En consecuencia, su definición es la siguiente: “Comunidad heterosexual de dos personas que viven juntas por un tiempo indeterminado, y quieren mantener una comunidad de vida, bajo reserva de que en cualquier momento y unilateralmente pueda terminar su relación”.

A. Requisitos

De las anteriores ideas, se desprenden los siguientes requisitos, necesarios para que la unión de hecho produzca efectos jurídicos:

A.1. Requisitos objetivos

1. Convivencia “*more uxorio*”: consiste en su identificación con el modelo de convivencia desarrollado en el matrimonio, pero hay que tener presente que generalmente no existe entre los convivientes la intención de hacerse pasar por cónyuges, pues su objetivo es llevar a la práctica una vida en común, que de manera fortuita coincide con el matrimonio.

2. Cumplimiento voluntario de los deberes matrimoniales: hay autores que han aplicado dichos deberes regulados en los artículos 66, 67 y 68 C.C. a los convivientes, adoptando como base la responsabilidad recíproca, relación familiar, etc. Pero Estrada Alonso considera que no es posible la imposición de estas obligaciones a quienes no han contraído matrimonio, pues dichos deberes tienen en las uniones solamente una fuerza moral fundada en la gratitud y en la responsabilidad de cada individuo. Su cumplimiento no será exigible jurídicamente, pero su incumplimiento conllevará una privación de los efectos jurídicos propios de las uniones de hecho. Ésta es la postura de la doctrina más progresista.

3. La convivencia o comunidad de vida: este requisito ha provocado dos tipos de corrientes doctrinales. La primera postura doctrinal entiende que la convivencia requiere la existencia de una comunidad de techo, mesa y cama, es decir la convivencia es sinónimo de cohabitación. Éste ha sido el criterio seguido por la jurisprudencia italiana, francesa, alemana y también por la doctrina española (Lacruz Berdejo, Sancho Rebudilla, Puig Peña). No nos podemos olvidar de los países sudamericanos, pues el C.C. de Guatemala en su artículo 173 exige hogar y vida común; la Carta Magna de Bolivia requiere el transcurso de dos años de vida en común; la Ley de 12-2-56 de la República de Panamá, en su artículo 1º exige estabilidad.

La segunda postura afirma que para la existencia de la convivencia se exigen los requisitos de duración y estabilidad, y desaparece la exigencia de la cohabitación. En este sentido, se pronuncian las sentencias dirigidas a interpretar el artículo 340-4º del C.C. Francés, sobre el concubinato notorio, realizadas después de que una sentencia del Tribunal de Casación de 12-2-21, optara por la interpretación amplia del mismo.

Estrada Alonso sigue la segunda posición doctrinal, ya que afirma que la convivencia no puede indentificarse a ultranza con cohabitación, pues, en muchos momentos de la vida alguno de los compañeros, por razones laborales, militares, etc., se verá obligado a residir en otra parte, pero sigue existiendo una voluntad real de seguir juntos, y en consecuencia, dichas uniones libres producen efectos jurídicos. Por tanto, la continuidad de la relación debe demostrarse en las convivencias, no tanto por su realidad material, como por la voluntad tendencial de estar juntos. Hay que indicar que ante los tribunales, podría demostrarse la necesidad de alejamiento por medio de certificados firmados por quien lo provoca, etc.

A.2. Requisitos subjetivos

1º Heterosexualidad: no hay que olvidar que nos referimos a parejas formadas por un hombre y una mujer. En consecuencia excluimos las uniones homosexuales y lesbiánicas. Salvo en los casos de abusos deshonestos, estupro, o de peligrosidad social (Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social 4-8-70, art. 2º), finalizada la etapa de su persecución penal, hay que tener presente que el ordenamiento jurídico deberá regular algún día estas realidades sociales.

2º La relación ha de ser monogámica: por tanto, ha de rechazarse la relación extramatrimonial que se simultanea con una unión legítima, salvo que

esta última se encuentre destrozada o en un estado de separación, en cuyo caso no existe el deber de fidelidad. También es incompatible con la monogamia la convivencia con prostitutas, o el tener varias concubinas.

3º La relación sexual: convierte a la mera convivencia en unión libre. Todas las legislaciones que reconocen estas convivencias, reconocen, expresa o tácitamente, el requisito de la relación carnal, así el C.C. de México, en su artículo 70, habla de trato sexual continuado; y también el C.C. de Guatemala, en su artículo 173, presupone la unión sexual al requerir a la relación el fin de la procreación. En cambio, los ordenamientos jurídicos que la rechazan, como la legislación belga y la española, fundamentan su postura en la inmoralidad que conlleva la práctica de la sexualidad fuera del matrimonio. Respecto a este último punto, existe alguna Jurisprudencia Belga, como la realizada en el “Arret de la Cour de Lieja” de 31-3-54, que anula un legado entre concubinos que no habían tenido relaciones sexuales desde hacía muchos años, declarando la inmoralidad sólo por el hecho de la cohabitación del causante con su amante.

Es evidente que la relación debe de realizarse con pleno y recíproco consentimiento, en caso contrario, entraríamos en el delito de violación castigado en el artículo 429 del Código Penal.

Para Catherin - Masnata pueden existir uniones libres sin relaciones sexuales, pues su elemento esencial es la comunidad de vida hecha para durar por dos compañeros.

4º La procreación: No es un requisito esencial, pues para que dichas uniones tengan efectos jurídicos basta la relación de los convivientes, con independencia de la existencia de hijos. Pero no hay que olvidar que la presencia en el hogar de “hijos comunes” de padres no casados, es ciertamente un índice importante que hace pensar que los concubinos tienen el deseo de formar una familia, por un plazo de tiempo indefinido.

Para la doctrina italiana, el concubinato adquiere relevancia jurídica con la procreación, y en base a los artículos 317 bis y 316 C.C. italiano, que establece la titularidad en el ejercicio de la patria potestad, y junto con ella la calificación de familia natural a estas uniones con hijos. Hay que tener en cuenta que la familia natural y la de “facto” o unión libre son refundidas, cuando lo cierto es que hacen referencia a realidades distintas:

1º La primera exige el requisito indispensable de la consanguinidad y procreación.

2º La segunda requiere la relación de convivencia, sin exigirse descendencia.

Por tanto, para dicha doctrina la procreación es una condición previa para el reconocimiento de dichas uniones.

5º La edad: para que los convivientes desarrollen espontáneamente los deberes de fidelidad y ayuda mutua, y obtengan un definitivo desarrollo sexual, debe fijarse una edad mínima, que coincida con la mayoría de edad de los compañeros en el momento de iniciarse la relación. En nuestro C.C. , será a partir de los 18 años. Por tanto, para que la unión libre alcance efectos jurídicos, el plazo que se establezca deberá computarse a partir de los 18 años, o en otro momento posterior. En consecuencia, como mínimo, nadie podrá solicitar los citados efectos hasta después de los 23 años, en el caso de que se estableciese el plazo de 5 años, el cual refleja la estabilidad.

Los autores que defienden una regulación contractual de la unión libre, afirman que la edad se inicia cuando se empieza a tener capacidad para contratar.

6º La “affectio”: es la causa primera de la unión extramatrimonial, y en consecuencia, el resto de los requisitos son sus consecuencias. Por “affectio” ha de entenderse la amistad auténtica, el afecto recíproco entre compañeros, el origen espontáneo de la solidaridad y responsabilidad de los convivientes. En definitiva, representa el fundamento último de dicha unión, sin la cual no podría constituirse ni permanecer la unión libre. Gazzoni entiende que es el verdadero eje en torno al cual gira la unión de hecho, y su determinación no puede ser presumida.

A.3. Requisitos formales

1) Ausencia de toda formalidad, celebración, o solemnidad oficial: la constitución del concubinato depende exclusivamente de la voluntad y mutuo consentimiento de los compañeros, que se presume renovado por la cohabitación.

2) Voluntad de estabilidad, permanencia: para algunos sectores doctrinales, existe una cierta dificultad en cuanto a la determinación del carácter estable de dichas uniones, por la falta de pruebas sólidas sobre la duración de las mismas. Autores como Poultais, Tovar Lauge, etc., reflejan la estabilidad de la unión en la realización conjunta por la pareja de algunas actividades, como por ejemplo, el reconocimiento de un hijo, la adquisición de bienes

inmuebles, la apertura de una cuenta bancaria, etc. Otros hacen referencia a la fijación de un número de años, que sirve como índice de firmeza. La implantación de un período de tiempo en nuestro ordenamiento jurídico, si llega el caso, podría fijarse por encima de los 5 años, por ser el más largo de los que se exigen a los cónyuges para acceder al divorcio (art. 86 C.C.). Dicha postura ha sido seguida por los siguientes países: la ley de 12-12-56 de Panamá exige un plazo de 10 años; el Código de Guatemala requiere 3 años; la Carta Magna de Bolivia del 14-11-45 exige 2 años; la Ley Francesa del 12-11-55 exige 3 años; la ley italiana del 12-2-86 sólo un año.

El profesor de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, Merino Gutiérrez, afirma que la estabilidad de la convivencia marital se acreditará en España con un certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento. Otros entendidos, como Noir-Masnata, indican que se consigue con los hijos.

A.4. Otros requisitos

La doctrina de cada país, en base a los propios caracteres de sus respectivos ordenamientos jurídicos, han elaborado otros requisitos que se suman a los ya apuntados, así por ejemplo, tenemos que en Venezuela se exige la contribución patrimonial; en Italia la aptitud para desarrollar y potenciar la personalidad individual, en otros países se requiere la igualdad de tratamiento entre los compañeros, o la falta de impedimentos matrimoniales, etc.

En síntesis, para tener una idea clara y breve, sobre las uniones de hecho, podemos afirmar que se trata de parejas heterosexuales que mantienen relaciones de convivencia con vocación de permanencia, y sin cumplir formalidad alguna.

B. Causas

B.1. Motivos económicos

a) Uno de los compañeros, bien por su condición de viudo/a, separado/a, divorciado/a, soltero, parado, o por cualquier otra circunstancia, recibe una prestación económica, que perdería en caso de matrimonio.

b) En algunos grupos sociales, la miseria llega a unos límites tan extremos, que impide afrontar los gastos que conlleva el contraer matrimonio.

c) La inseguridad con que se presenta el porvenir (carestía de vida, la falta de empleo, la inalcanzabilidad de las viviendas, etc.), impiden sobre todo a las parejas jóvenes acceder a la vida matrimonial.

B.2. Motivos sociales

En épocas pasadas, cuando las clases sociales estaban más diferenciadas, persistía la desaprobación de los matrimonios entre los componentes de las clases altas con los que pertenecían a las inferiores. Ello desembocaba en una convivencia sin vínculo y oculta.

En relación a los militares y diplomáticos, existían unas leyes (la de 13-11-57 para los militares y la Ley de 22-7-61 para los diplomáticos), hoy derogadas, en virtud de las cuales era preceptiva la autorización de sus superiores, respecto a la mujer elegida para contraer matrimonio, ya que en caso de carencia de licencia, era sancionado con la separación del servicio.

B.3. Motivos legales

Hay que distinguir aquellos sistemas en los que no se regulaba el divorcio, como sucedía en España con anterioridad a la ley de 7-7-81, en virtud de la cual, se modificó la regulación del matrimonio en el C.C., y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; y aquéllos en donde se admitía el divorcio. Respecto al primer sistema, hacemos referencia a aquellos matrimonios deshechos, en los cuales uno de sus componentes se había unido de hecho con un tercero, ya que no podían regularizar su situación por impedírselo la legislación vigente. Y en relación con el segundo sistema, tenemos a todas aquellas personas que habiéndose separado judicialmente o de hecho de su consorte, todavía no habiendo transcurrido los plazos que para divorciarse exige el artículo 86 C.C., comenzaron una nueva convivencia de hecho, hasta poder acceder a su nuevo matrimonio.

Algunos autores, como Castán Tobeñas, afirman que el divorcio genera el aumento de uniones libres. Pero Estrada Alonso adopta una postura totalmente contraria, fundamentándose en que el divorcio combate el único obstáculo que impide a muchas parejas el contraer matrimonio. Así se ha reconocido también en los trabajos de elaboración de las leyes francesas e italianas sobre este tema.

B.4. Motivos ideológicos, raciales y religiosos

En algunos supuestos la convivencia va acompañada de la voluntad de no casarse, ya por un rechazo a toda religión, institución tradicional, a las formalidades legales. En este caso, la unión libre es un instrumento más de su modelo de vida reaccionaria. También nos encontramos con grupos de personas que optan por esta fórmula, para facilitar la disolución del consorcio cuando cesa la voluntad de convivencia; o bien por miedo a las consecuencias legales y económicas de un divorcio futuro; o también por preferir un “matrimonio de ensayo”. Respecto a este último punto, los convivientes se colocan en una situación equivalente a la de un matrimonio, pues su objetivo es comprobar la personalidad, compatibilidad del compañero, la práctica de la institución. En opinión de Peyrod, la expresión de “noviciado conyugal” indica la “situación de aquellos compañeros que, decididos a comprometerse a vivir juntos, estiman que la duración de este compromiso, que ellos esperan único y eterno, justifica un período de prueba, dándoles seguridad frente a la decisión que van a tomar”.

Respecto a los motivos raciales y religiosos, hay que indicar, que en algunos ordenamientos jurídicos, el sistema matrimonial establecido es el civil obligatorio. En consecuencia, se consideran uniones libres a todas las uniones matrimoniales que no tengan reconocidos efectos jurídicos civiles, ya que han sido celebrados de acuerdo con la forma de un grupo étnico, social o religioso (ej.: ritos gitanos, judíos, etc.).

Respecto a los matrimonios religiosos sin efectos civiles, hay que indicar que en Italia los matrimonios religiosos celebrados entre los años 1866 a 1929, no producían efectos civiles, y se denominaban concubinato. Pero gozaban de un privilegio, en relación al resto de las uniones extramatrimoniales, pues la Jurisprudencia concedía una indemnización a las uniones libres de origen religioso, en caso de muerte del concubino en accidente provocado por un tercero. Ello se le niega a las uniones que no reunían este requisito (sentencia italiana 19-5-11).

Por otro lado, la jurisprudencia belga, en sentencia de 26-6-67, califica de “concubinato” a un matrimonio no contraído civilmente, y celebrado conforme a los ritos de la religión hebreaica.

En España, con la entrada en vigor de la C.E. (78), en su artículo 32, contempla el derecho de las personas a contraer matrimonio, sin obligar a ninguna formalidad especial. Respetándose, por tanto, algunos requisitos, para que produzcan efectos civiles, podrá celebrarse todo tipo de matrimonio religioso. No se prohíbe la aplicación de las normas matrimoniales de cualquier religión. El único límite es el orden público constitucional regulado en el artículo 16 C.E.

B.5. Otras causas

La ignorancia y abandono económico de algunos países; el cambio de mentalidad y de vivir en las ciudades; la pérdida de los valores morales y religiosos.

IV. CONSIDERACIÓN LEGAL MODERNA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Hasta el momento actual, no existe en el ordenamiento jurídico español, una regulación positiva concreta, ni mucho menos sistemática de las uniones de hecho. Para hacer frente a esta carencia legislativa debemos recurrir a una serie de normas dispersas dentro de nuestro ordenamiento positivo, que unas veces de forma clara y otras no tan clara, nos pueden servir como fundamento para tratar de dotar de efectos jurídicos a esta forma de convivencia extramatrimonial.

Estas normas las podemos encontrar en la Constitución, Código Civil, Código Penal, y otros textos legales a los cuales nos referiremos a continuación.

A. Constitución Española

El texto constitucional como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico nos puede servir como guía, para intentar buscar unos principios básicos que nos informen acerca de las valoraciones jurídicas que han de hacerse sobre este tema, y para ello nos vamos a referir a una serie de preceptos constitucionales, en los que de forma indirecta pero clara, creemos se puede entender recogida la realidad social que suponen las uniones de hecho.

El primer precepto que vamos a mencionar es el art. 39 de nuestra Carta Magna, en el cual se habla de protección social, económica y jurídica de la familia. De la lectura del Anteproyecto constitucional publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, se ha de deducir que estuvo en el ánimo de algunas fuerzas políticas el ampliar el concepto de familia, y que no estuviese únicamente restringido al matrimonio.

Por tanto, teniendo en cuenta lo anterior, y que el texto constitucional no prohíbe de una forma expresa en el art. 32 las uniones libres hay que pensar

en consecuencia, que implícitamente se permite esta forma de convivencia. De esta afirmación se deriva la posibilidad de equiparar la familia legalmente constituida en matrimonio, con la familia de “facto”, originada por una convivencia estable extramatrimonial, y por tanto protegida por el texto constitucional, y concretamente por el art. 39 del mismo texto.

De esta opinión participa Díez Picazo, al decir que la familia hoy no es un cuerpo político o cuasi-político, sino un asunto estrictamente privado de sus miembros. Familia en el sentido del art. 39 de la Constitución no es sólo matrimonial, pues el art. 39 hace independiente la protección integral de los hijos sin tener en cuenta el origen familiar, y el art. 14 impide cualquier tipo de discriminación.

En esta línea ha dicho Estrada Alonso recientemente que el concepto de familia debe cimentarse sobre el potenciamiento de la personalidad del individuo, y sobre la comunidad de vida estable; como esto puede darse tanto dentro como fuera de el matrimonio, los convivientes “more uxorio” configuran una familia. El que exista patria potestad de los padres con independencia del matrimonio o no (art. 156 del C.C.) supone el reconocimiento de la familia de “facto”.

Siguiendo con el art. 39 de la Constitución en su apartado 2º se recoge la no discriminación de los hijos, con independencia de su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil. Parece ser que de aquí se puede entresacar, también implícitamente, la existencia de un reconocimiento legal indirecto de las uniones de hecho.

El apartado 2º de este artículo se complementa con el 3º del mismo cuando dice que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio...”

Sin embargo parte de la doctrina, ante la amplitud del art. 39 de la Constitución, ha tenido un excesiva preocupación por demostrar que la única organización familiar constitucional reconocida es la que se fundamenta en la familia tradicional; así Alzaga participa de esta opinión cuando dice que la protección asegurada en el art. 39.1 de la Constitución debe extenderse únicamente a la celebración del matrimonio por ser ésta la institución que posibilita la creación de una nueva familia.

No participa de esta opinión Estrada Alonso al afirmar que “cada persona es libre de contraer matrimonio, de permanecer soltera o de vivir en unión libre, y exclusivamente en el primer caso le será de aplicación el art. 32 de la Constitución”.

En el artículo 1 del mismo texto legal se destaca el carácter individualista y a la vez pluralista de nuestro sistema político familiar al propugnar como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político y por tanto no se interpone entre el individuo y el estado a la familia, ni impone según Estrada Alonso un modelo exclusivo de ésta, limitándose el ordenamiento a establecer simplemente unas pautas generales a las que adaptarse.

Está por tanto claro que es voluntad del texto constitucional desde su primer artículo, el no encorsetar en modo alguno las formas de organizar la familia, ni el desarrollo a la personalidad de cada individuo.

Lo anterior se puede conectar con el art. 9.2 de nuestra Carta Magna y ésta a su vez con el 10.1. De esta forma el art. 9.2 dispone que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integren sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Por su parte el art. 10.1 establece: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

La redacción de estos dos artículos se asemeja a lo que expresan los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana, artículos que se utilizan por la doctrina italiana para reconocer las uniones libres, posibilidad que se puede argumentar también en España.

Pero otros autores como Alzaga niegan todo valor jurídico en este sentido a estos preceptos constitucionales al no estar amparados por el art. 53 de la C.E. Esta postura es rebatida por otra parte de la doctrina como por ejemplo Garrido Falla, para lo cual utiliza el artículo 14 del citado texto constitucional, donde el principio de igualdad establecido, descarta todo tipo de discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social, en cuya cláusula ha de incluirse también las personas que viven en unión libre, constituyendo este trato igualitario, uno de los principios fundamentales que informan todo nuestro ordenamiento jurídico.

Después de las consideraciones doctrinales anteriores se hace necesaria una recapitulación acerca de la importancia de los preceptos constitucionales

citados, en materia de las uniones de hecho. Así el art. 9.2 cuando habla de los grupos en que se integra el individuo, creemos que en éstos se pueden incluir de una forma obvia a las uniones familiares de hecho, y que negar tal posibilidad nos haría caer en una discriminación que es prohibida de forma terminante por el art. 14, el cual proclama el principio de igualdad, que tendría aplicación a toda persona unida en matrimonio o de hecho, y a todo hijo nacido de unión matrimonial o libre.

Por su parte el art. 10.1 que proclama la dignidad de la persona como derecho fundamental, podría aplicarse a la pareja unida de hecho, en evitación de cualquier trato o alusión vejatoria o menospreciativa, según opina O'Callaghan Muñoz.

Dentro del mismo art. 10.1 de la C.E. se habla de "libre desarrollo de la personalidad", y es evidente que ésta la puede alcanzar el individuo en el seno de una convivencia "more uxorio", por lo cual es necesario, creemos, que los poderes públicos promuevan las condiciones oportunas para que esta libertad sea real y efectiva tal como nos indica el art. 9.2 de la C.E.

Aunque con el peligro de caer en una repetición de lo anteriormente dicho, creemos que es necesario reproducir textualmente un comentario de Estrada Alonso, acerca del tratamiento constitucional de las uniones de hecho, y que puede ser bastante clarificador. Dice este autor que teniendo presente la falta de prohibición constitucional, así como el enorme desarrollo social que las uniones extramatrimoniales han alcanzado, éstas, en cuanto constituyen grupos en los que se integra el individuo y en los que se desarrolla libremente la personalidad, han de encontrarse incluidas dentro de los art. 9.2 y 10.1 del texto constitucional. Además estos textos en cuanto exigen que "la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas" lo hacen con idéntica significación a como lo hacen los artículos 14 y 16 de la Constitución, cuya aplicación ha de extenderse también con el alcance que hemos señalado a las personas que vivan "more uxorio".

Por lo tanto se puede afirmar que los art. 9.2 y 10.1 poniéndolo en relación con el art. 14 del texto constitucional, abren la vía de concesión de efectos jurídicos a la unión libre, lo cual ha de ser tenido en cuenta para el reconocimiento de éstas por parte de las tribunales sin ningún tipo de cortapisas ni condicionamientos.

B. El Código Civil

Disposición Adicional 10.^a Ley 30/1981 de 7 de julio.

Las llamadas uniones de hecho encuentran en esta Disposición Adicional Décima en su n.º 2 una de sus expresiones legislativas más claras de nuestro

ordenamiento jurídico en este tema. El citado precepto nos viene a decir lo siguiente:

“Quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente”.

Este nº 2 de dicha Disposición se ha de poner en relación directa también con los apartados 1 y 3 con la intención de dar una cobertura amplia a los derechos del cónyuge sobreviviente, o en este caso que es lo más importante, y que más nos interesa, a la persona que ha convivido con el fallecido sin estar casada.

La importancia social, económica y jurídica de este precepto es suprema, porque de una forma clara que no deja lugar a dudas en el campo social se hace eco de una realidad que no podía ser ignorada por más tiempo. En el terreno económico su importancia estriba en que no se deja desamparado al conviviente de hecho cuando el otro fallen, sino que su posición jurídica se le iguala a la que disfruta el que ha estado legalmente casado y por tanto se le ofrece una protección económica. En tercer lugar en el aspecto jurídico significa un paso tímido, pero no por eso menos importante en la regulación de las uniones libres, ya que pone de manifiesto en el terreno positivo que éstas existen y es posible su regulación jurídica.

Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo ha establecido en algunas sentencias, como la del 15 de marzo de 1985, que el apartado 2º de esta disposición adicional 10ª sólo es aplicable a las parejas de hecho que han convivido con anterioridad a la regulación de las causas de separación, nulidad y divorcio, ya que aquéllas no tenían la posibilidad de regular su situación jurídica al no haber ninguna ley a la cual podían acogerse. Esta jurisprudencia por tanto excluye a las parejas que se han creado posteriormente y que al existir una regulación legal, podían haberse acogido a ésta y normalizar su situación jurídica como pareja.

De todas formas no creemos que ésta sea una interpretación correcta desde el punto de vista social, porque es posible que las causas por las que algunas parejas hayan decidido constituir una unión de hecho, sean las mismas antes que después de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 de 7 de julio, por lo que

no sería justo en este caso, una desigualdad de criterios, de carácter temporal, a la hora de darle efectos jurídicos a una misma situación de hecho, en la que concurren las mismas causas, y en las que sólo existe una discordancia en el tiempo.

Como argumento jurídico para evitar este distinto tratamiento de un mismo supuesto de hecho, según hayan sido creados antes o después de la entrada en vigor de la ley, cabe la posibilidad de recurrir a los argumentos constitucionales anteriormente expuestos, y concretamente al art. 14 que prohíbe todo trato discriminatorio independientemente de las circunstancias sociales que concurren. En esta línea se orienta la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1988.

Ley 21/1987 de 11 de noviembre sobre la reforma de la adopción, Disposición Adicional Tercera.

En esta ley se contiene una referencia, creemos que de gran importancia, sobre el reconocimiento de las uniones de hecho. Exactamente en su disposición adicional 3.^a se dice textualmente:

“Las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrante de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”.

De este texto se pueden entresacar varias consecuencias importantes:

1. Se reconoce de una forma explícita la existencia de las uniones de hecho.
2. Se equipara la capacidad de estas uniones de una forma analógica, con la del matrimonio, en lo referente a la adopción.
3. De la anterior consecuencia se deriva el reconocimiento de la posibilidad de la existencia de familias con un origen distinto al tradicional, nacida de la unión matrimonial.

Por tanto, además del reconocimiento explícito a la existencia de uniones libres, su importancia también radica en la posibilidad de aplicar analógicamente un conjunto de normas sobre la capacidad de adopción de una pareja no matrimonial, con lo cual estaríamos ante un mismo tratamiento jurídico de una familia matrimonial y una familia de facto.

Nos puede servir también el art. 108 del C.C. como norma a través de la cual tampoco se hace distinción entre la familia matrimonial y la familia de “facto”.

Cuando este artículo que hemos citado habla de la filiación matrimonial y no matrimonial, se le está dando efectos jurídicos a las uniones libres en materia de filiación por naturaleza de igual forma que se hace con el matrimonio.

El art. 156 del C.C. nos viene a decir que “la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores”, según lo cual no se establece ninguna distinción entre progenitores legítimos y naturales, ni tampoco excluye de este ejercicio a los progenitores naturales que vivan juntos en unión libre.

Esto hace que comparemos este artículo tras la modificación hecha por ley de 13 de mayo de 1986, con el art. 317 bis del Código Civil italiano, en el cual se le concede la patria potestad a los padres con independencia de que hayan contraído o no matrimonio, lo cual supone el reconocimiento jurídico de la familia “de facto”.

Opinión contraria a la de Busnelli que se hace eco de lo anterior, es la expresada por Trabucchi, para quien el art. 317 bis del C.C. italiano sólo hace relación a los padres para regular las obligaciones que éstos tienen para con sus hijos.

Coincidimos con la doctrina señalada que esta referencia indistinta al progenitor, sea éste o no casado, abre la puerta al reconocimiento legal, y posterior dotación de efectos jurídicos a las uniones de hecho en este aspecto.

Otra referencia aunque indirecta que podemos encontrar sobre la materia que aquí se trata, en el C. Civil, son los art. 1.255 y 1.275. Estos artículos han sido utilizados por la jurisprudencia del T.S. para dejar sin contenido los convenios que haya celebrado la pareja libre entre sí, fundamentando tal actitud en el hecho de que es una causa ilícita la que ha dado lugar a la celebración de estos convenios, al considerar a todas las relaciones sexuales fuera del matrimonio contrarias a la moral cosa que prohíbe el Código Civil en los citados artículos. Tal línea de actuación la ha mantenido nuestra jurisprudencia en sentencias tales como la del 2 de abril de 1941; 5 de octubre de 1957, 16 de octubre de 1959, 15 de noviembre de 1968, y 9 de abril de 1979.

Afortunadamente, últimamente ha habido una sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986, la cual en sus fundamentos de Derecho mantiene la licitud y eficiencia del convenio en materia económica celebrado por una pareja “more uxorio” encontrando su base legal en los arts. 1.255 y 1.261, por reunir los requisitos de validez, y eficacia exigidos para todo

contrato. Esta sentencia pone de alguna manera las cosas en su sitio puesto que en la actualidad parece una incongruencia desde el punto de vista social, el hecho de que se consideren las relaciones sexuales fuera del matrimonio como algo contrario a la moral y a las buenas costumbres, y por lo tanto se debe dar plena eficacia a estos convenios, puesto que pueden servir de base para una mejor autorregulación de estas relaciones extramaritales, y para que cada uno pueda, llegado el momento, exigir sus respectivos derechos de la manera más clara posible.

Esto se afirma, con la entrada en vigor del art. 1.323 del C.C. que concede al “marido y a la mujer capacidad plena para transmitirse por cualquier título bienes derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”, lo cual si se asume la equiparación a estos efectos entre matrimonio y convivencia “more uxorio”, puede dar una idea clara de la importancia de estos convenios, para regular las formas de convivencia consensuales.

El art. 392 del Código Civil sería de aplicación en lo que respecta al régimen económico que regiría entre los convivientes “more uxorio”. En esta línea Xavier O’Callaghan afirma que en las uniones de hecho rige una separación absoluta de bienes donde cada conviviente tiene el dominio, administración y disposición de todos aquellos bienes que haya adquirido o adquiriera por cualquier título, pero, sigue diciendo este autor, cuando estas personas adquieran bienes concretos por mitad o proindiviso se les podrá aplicar el art. 392 y ss. del Código Civil.

La redacción del art. 98 del C.C. establece que: “el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal atendidas las circunstancias previstas en el art. 97”. De este texto se pueden sacar a primera vista dos conclusiones relacionadas con el tema que estudiamos:

1. Se le da protección jurídica y económica a una situación en la que no ha existido matrimonio, pero que dos personas han compartido como si éste existiese.

2. Se tiene en cuenta que ha habido una convivencia conyugal donde presumiblemente se han dado todos los elementos necesarios para que el vínculo existiese aparentemente, con la única excepción de que ha existido la causa de nulidad.

Lo anterior demuestra que en principio no hay ningún impedimento de tipo jurídico formal que impida darle efectos jurídicos a una convivencia que

nunca ha tenido la categoría de matrimonio, argumento que puede servir para dotar de los mismos efectos a la convivencia originada por las uniones libres.

Siguiendo con el cuerpo legal del Código Civil, concretamente en el art. 101 se establece que: “el derecho a pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona”. De esta forma el Código Civil reconoce de forma indirecta la existencia de otra forma de convivencia distinta al matrimonio de la cual se puede derivar consecuencias en materia de pensiones. Esta cuestión se regula de forma distinta en cada sistema jurídico pudiendo ser bien objeto de una regulación legal, o de un tratamiento jurisprudencial como ocurría en Francia antes de la entrada en vigor del art. 283 de su Código Civil.

También el art. 97.8 del C.C. se puede poner en relación con lo anterior, en atención a la repercusión que puede tener una convivencia *more uxorio*, a la hora de establecer una pensión por la disolución de un matrimonio anterior, y así cuando este art. habla del “caudal y medio económico de uno y de otro cónyuge”, se puede incluir para el cálculo de aquél, la carga que supone para el cónyuge obligado, el mantenimiento de obligaciones pecuniarias o de otra índole en una convivencia de hecho, que como hemos dicho ya a lo largo de este estudio, disfruta de reconocimiento constitucional implícito. Sin embargo Estrada Alonso opina que la familia legítimamente reconocida en el ordenamiento jurídico ha de tener preferencia sobre la familia “de facto” en esta cuestión.

Esta opinión es criticable porque nos puede llevar a un trato discriminatorio, prohibido constitucionalmente, según se trate de uno u otro tipo de familia, por lo cual se debe de entrar en un dinámica jurídica en la que se ampare de igual modo y con iguales derechos y obligaciones a ambas familias.

Siguiendo en el Código Civil nos encontramos con una consecuencia negativa de la existencia de una convivencia extramatrimonial, y es la que establece el art. 320 donde se señala que es causa suficiente para que el juez conceda la emancipación a los hijos mayores de 16 años si éstos lo pidieren y previa audiencia de los padres cuando quien ejerce la patria potestad conviva maritalmente con persona distinta al otro progenitor.

Como referencia última al C.C., en este tema de las uniones de hecho, nos referiremos al criterio interpretativo del art. 3.1 del citado texto, donde se nos dice que: “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus

palabras en relación con el texto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo jurídicamente al espíritu y finalidad de aquélla”.

Este artículo creemos que tiene gran importancia en la materia que tratamos, cuando nos dice que para la interpretación de las normas se tendrá en cuenta la realidad social del momento, lo que significa que los tribunales habrán de tener en cuenta esta circunstancia. Esta situación nos puede llevar a una interpretación ampliamente favorable al reconocimiento de efectos jurídicos, que pueden generar las uniones de hecho, como realidad social existente.

Este criterio interpretativo es el que ha utilizado la Audiencia Provincial de Bilbao en Sentencia de 15 de mayo de 1986 al equiparar una relación de hecho al matrimonio, por aplicación del criterio interpretativo del art. 3.1 que atiende a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse.

C. Ley de Arrendamientos Urbanos de 21 de julio de 1964

Del artículo 114 de la L.A.U. se pueden deducir algunas consecuencias con repercusión en las uniones libres en el campo práctico jurídico. Estas consecuencias pueden derivarse de lo establecido en el punto nº 8 del citado artículo el cual dice: “El contrato de arrendamiento se puede resolver cuando en el interior de la vivienda o local de negocio tengan lugar actividades que de modo notorio resulten inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres”.

El problema puede surgir cuando los arrendadores consideren que la convivencia “more uxorio” represente una actividad inmoral de sus arrendatarios. En la consideración de esta posibilidad los tribunales tanto extranjeros como españoles han pronunciado numerosas sentencias favorables a la resolución del contrato de arrendamiento, fundamentándose en el carácter inmoral, antisocial e incluso subversivo del concubinato.

Sin embargo, los tribunales españoles han ido adoptando cada vez más una actitud racionalizada, acorde con la realidad social actual del concubinato, sirviendo como muestra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 15 de febrero de 1961.

Actualmente y después de la promulgación de la Constitución del 78 parece impensable que estas consecuencias puedan derivar de tal convivencia extramatrimonial, puesto que el art. 18 ampara el derecho a la intimidad

personal y de la inviolabilidad del domicilio amparando por tanto al arrendador a vivir “cómo” y “con” quien estime conveniente.

Otras connotaciones en el ámbito del derecho arrendatario tanto urbano como rústico, vienen contempladas por la subrogación “mortis causa” a favor del cónyuge sobreviviente de los artículos 58 de la L.A.U y 79.2 de la L.A.R. Hoy debe de entenderse, a la vista del art. 14 y 39 de la Constitución, incluido en esta subrogación, al conviviente no unido en matrimonio pero sí de hecho.

D. El Código Penal

En el Código Penal también nos encontramos algunas referencias someras acerca de las uniones libres, concretamente en los art. 11 y 18 del citado texto.

Así, en el art. 11, incurso dentro del capítulo que hace mención a las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal se nos dice que: “es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos, y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad...”. Por su parte el art. 18 del mismo texto utiliza también la expresión de: “cónyuge a la persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad...”

Es indudable que en la anterior expresión utilizada en ambos artículos, no se contiene una alusión directa a las uniones de hecho, pero tampoco es menos cierto que a través de ellas hay una equiparación entre los cónyuges, y los que mantengan relación afectiva similar, dentro de los cuales estarían las parejas que convivan de forma “more uxorio”.

Por tanto debemos de llegar a la conclusión de que en materia de atenuantes, agravantes y exención de penas los efectos que se les atribuyen a los cónyuges hay que dárselos también a los unidos de forma libre, a los cuales se les reconoce de forma implícita en el orden penal.

Para entender mejor y con más amplitud lo dicho, señalar que en la Exposición de Motivos del Código Penal se recoge la realidad de las situaciones de afectividad iguales o inferiores a los emanados del parentesco, lo que se refleja en los arts. 11 y 18 ya citados que agruparán al cónyuge con la persona a quien se halla ligado de forma permanente por análogas razones de afectividad, siendo esto también fundamento de una sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986.

E. Ley Orgánica del Poder Judicial

El art. 219 de esta ley establece en su número 1 que son causa de recusación de jueces y magistrado, “el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable”.

Es éste otro precepto legal del cual se puede deducir la existencia de una equiparación del matrimonio con las uniones de hecho, en este caso concreto en materia de recusación a jueces. Esta afirmación se hace porque cuando se habla de “situación de hecho asimilable” no nos debe caber ninguna duda que se refiere a las uniones libres, y que el legislador aprovecha para darle los mismos efectos jurídicos que al matrimonio, y es aquí donde radica la importancia para el tema que tratamos.

F. Regulación Jurisprudencial

Ante la ausencia de datos legislativos, en la generalidad de materias que atañen a la convivencia “*more uxorio*”, en la mayor parte de los países, es competencia de la jurisprudencia la labor de dotar de efectos jurídicos a tal forma de convivencia, opinando de igual manera Estrada Alonso. Esto que hemos dicho anteriormente ha sido la línea que han seguido en España los tribunales, donde hasta época muy reciente las decisiones de la jurisprudencia han estado marcadas por la negativa a reconocer efectos jurídicos algunos en favor de las uniones libres.

En Italia, la Corte Suprema en Sentencia de Casación de 8 de febrero de 1977 ha reconocido a la familia de “*facto*” como en la que se da vida a un proceso de desarrollo de la persona y se equipara a la familia legítima, con una misma función y de la que por tanto se han de derivar los mismos efectos jurídicos.

En Francia, la facultad de que los compañeros se dirijan a los tribunales, al objeto de liquidar su situación lleva ejercitándose desde mediados del siglo pasado, lo cual hace evidente la experiencia que tienen actualmente en este tema.

La doctrina ante este tema de la regulación jurisprudencial, y la oportunidad de someter a los tribunales las uniones de hecho, dejando que aquéllos marquen la pauta a seguir en cuanto a su desarrollo y efectos jurídicos, está dividida. Así para los que rechazan esta intervención, lo fundamentan en la poca confianza que les merece la opinión subjetiva, individual y moralista de los jueces, lo que no incita a la seguridad jurídica. Defienden esta postura Colin, Capitant y Julliot de la Morandiere.

En cuanto a los que defienden la intervención de los Tribunales opinan que vendría a salvar el peligro que representaría la positivización de las uniones libres, que crearía un matrimonio de segundo orden con graves repercusiones sociales, familiares y jurídicas. Opinan así Demaind Bernard, Pascalino y Puig Peña.

En lo que respecta a la posición de la doctrina española sobre este tema, una parte de ésta reconoce, que aunque hasta ahora no se ha utilizado esta vía de una forma concreta, en el camino de atribuirles efectos jurídicos plenos a las uniones de hecho, son partidarios de esta actuación jurisprudencial. En este sentido los magistrados Hernández Ruiz, De Mena Álvarez, Villén Navajas y Maíllo Fernández manifiestan que: hasta que no se positivicen las uniones libres, esta área incumbe a los tribunales de justicia a través de la institución del Derecho Civil.

Es claro por tanto que ante la escasez de regulación positiva existente en nuestro ordenamiento jurídico acerca de las uniones libres, creemos corresponde a los Tribunales de justicia el ir resolviendo de forma casuística los problemas surgidos en el ámbito de estas relaciones humanas, respetando la intimidad personal de cada conviviente y su derecho al desarrollo libre de la personalidad de la forma que estime más conveniente para sí, y sin caer como hasta ahora en falsas moralidades y actitudes caducas.

Bastante importancia en el tema que tratamos tiene la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1988.

En esta resolución de nuestro alto tribunal se reconoce el derecho a percibir la pensión de viudedad de la recurrente que ha convivido de forma more uxorio con el fallecido, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Décima en su nº 2 de la Ley 30/1981 de 7 de julio, en igualdad de condiciones, con los supuestos en que el fallecimiento del causante hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor de la referida ley. Como fundamento jurídico básico de esta sentencia del T.C. opina que el requisito temporal referente al fallecimiento del causante, establecido en la citada disposición anterior, es injustificado cuanto discriminatoria y por tanto contraria al artículo 14 de la C.E. por lo cual no puede servir de base para fundamentar la denegación de la pensión de viudedad regulada en tal precepto.

Aunque no con valor jurisprudencial, pero sí bastante indicativo de lo que puede ser en un futuro la actuación de los tribunales, tenemos un reciente auto del juzgado de familia de Móstoles en reposición según el cual y dentro

de las medidas provisionales dictadas por el juez, el conviviente varón ha de pasar una pensión económica a la mujer que vivía con el demandado, formando una pareja “more uxorio”. En el auto se compara la situación de esta mujer que convivía de la forma expresada, con la de una mujer casada.

Los fundamentos jurídicos de este auto los encontramos en el art. 14 de la Constitución española, donde expresa de forma inequívoca la igualdad ante la ley y el art. 39 del mismo texto en el que se establece la protección a la familia por los poderes públicos.

Se entiende por tanto que la familia se gesta también por la unión consensual, suponiendo también una comparación analógica, en cuanto a que hay identidad de razón entre matrimonio y convivencia “more uxorio”.

V. EFECTOS DE LA UNIÓN DE HECHO

A. Introducción

El fin perseguido por las parejas no fundadas en el matrimonio no es asimilarse jurídicamente a éste; por tanto, aun reuniendo los requisitos de esta unión, “no constituirá nunca matrimonio”.

Por ello, una unión de hecho no producirá los efectos propios del matrimonio, pues ni hay una regla de asimilación general entre ambas instituciones, ni la figura de la que tratamos goza de una regulación jurídica unitaria. Pero, en la práctica, implica una comunidad de vida al modo conyugal, sobre todo si sobrevienen hijos, base de una familia; lo cual origina unos efectos en el orden personal y familiar (filiación) con trascendencia jurídica, aproximables éstos a los del mismo matrimonio, y de las que se va a ocupar el Derecho de forma dispersa.

B. Efectos personales y familiares

En este punto, sólo vamos a ocuparnos de la trascendencia jurídica de las uniones de hecho en la esfera personal estricta (estado civil), y familiar (filiación).

1. Estado Civil.

A este respecto, hay que partir de la base de que “persiste igual el estado civil de cada uno de los componentes de la pareja” (M.P. y Bernaldo de Quirós), de manera que, al no modificarse, “no hay entre el hombre y la mujer que conviven un status propiamente dicho” (O’Callaghan Muñoz).

Ello nos lleva a afirmar que no se dan efectos jurídicos personales, como los que se darían en el matrimonio (por ejemplo, deberes recíprocos), ya que lo que existe entre los dos miembros de la unión es una convivencia al modo conyugal, pero no una relación jurídica conyugal. De esta premisa van a partir una serie de consecuencias económicas (por ejemplo no crea deber de alimentos), ciertas incompatibilidades en el ámbito profesional (por ejemplo a tenor del art. 219 1.º L.O.P.J. es causa de abstención y, en un caso de recusación para un juez o magistrado), así como en materia de responsabilidad penal (arts. 11 y 18 C.P.), tendentes a negar una asimilación entre esta institución y el matrimonio; pero que, a su vez, tiene excepciones que, por otra parte, conducen a esta semejanza (filiación y, dentro de ella, la adopción).

Cabe deducir, pues, que la nota diferenciadora entre el matrimonio y esta situación es que en la familia no matrimonial, al no existir la relación jurídica “vitalicia” en que el matrimonio consiste, no se produce a favor de los convivientes “el derecho a invocar las reglas legales establecidas en atención al vínculo mismo y a partir de él”; además, la situación de hecho es espontánea y no goza del carácter institucional y vitalicio propio del matrimonio.

Por otro lado, a pesar de no modificarse el estado civil de cada uno de los convivientes, en la relación de éstos con terceras personas se crean una serie de problemas jurídicos que, según Estrada Alonso, podrían solucionarse con el otorgamiento a la convivencia “more uxorio” de la categoría de estado civil o, al menos, con la constitución de un Registro Especial de estas uniones.

En contradicción a esta opinión, M. Peña y Bernaldo de Quirós manifiestan que “esta situación no es objeto del Registro Civil”.

Analizando este contraste, podemos decir que la simple convivencia no genera “per se” un cambio de estado. Asimismo, creemos que la existencia de un Registro Especial supone la existencia, también, de un documento que acredite, ante ese Registro, la constitución de la unión. Esto, en principio, supone atribuir cierto carácter negocial a la misma unión a la vez que resta ese carácter al vínculo matrimonial pues, precisamente, la unión de hecho lo que persigue es alejarse de toda relación contractual.

Lo que sí es indudable es que, objeto de este registro, han de ser las relaciones paterno-filiales que se originen de esta unión, lo cual se instrumenta mediante la entrega de un Libro de Familia a los progenitores de hijos no matrimoniales. Dato curioso es que, en ese Libro de Familia, “hay una hoja en blanco esperando un posible matrimonio futuro de los progenitores”.

En conclusión, podemos afirmar que la existencia de un Registro Especial para la unión marital de hecho se opone al carácter espontáneo de éstos, lo cual no implica que deba carecer de una regulación unificada que prevea soluciones en la relación con terceras personas.

2. Filiación

2.1. Introducción

Parte de la doctrina italiana se plantea que la atribución o no de consecuencias jurídicas a las uniones libres debe estar condicionada a la existencia o no de filiación. Entonces, desde este punto de vista, el concubinato no tiene en sí mismo relevancia jurídica sino en virtud de la procreación, por medio de los arts. 316 y 317 bis del Código Civil italiano que establece la titularidad en el ejercicio de la patria potestad y junto con ella la calificación de familia natural a estas uniones con hijos. Luego, al no ejercitarse la patria potestad por no existir hijos o ser éstos mayores de edad, la unión libre es considerada como una relación de mero hecho.

En este sentido, es necesario distinguir, como hace Estrada Alonso, entre *la familia natural* y *la familia “de facto” o unión libre*. La doctrina italiana que hemos citado refunde en un solo concepto ambos términos, cuando en realidad hacen referencia a cosas distintas:

La familia natural requiere la consanguinidad y la procreación; la familia de “facto” o unión libre requiere sólo la convivencia sin necesidad de descendencia de los convivientes.

Con estos argumentos, concluye Estrada Alonso afirmando que, “la filiación *perfecciona y estabiliza*... la unión libre ya constituida, atribuyéndole nuevos efectos jurídicos”, como los deberes derivados de la patria potestad o, en caso de no reconocimiento, los derivados de la mera filiación; pero “para atribuir la relevancia jurídica que se solicitara sólo se requiere que la unión venga integrada por la relación de los convivientes, con independencia de la

existencia o no de los hijos”. En suma, apoyamos la tesis de este autor, en el sentido de que la filiación no es el factor determinante para atribuir consecuencias jurídicas a estas uniones, sino la naturaleza de la relación misma.

2.2. La unión familiar de hecho

En nuestro Ordenamiento, la base ideal de la familia sigue siendo legalmente el matrimonio y conviene subrayar la expresión “legalmente”, pues cada vez está más arraigada la consideración de la familia natural, con independencia del vínculo jurídico, postura que obedece a una constante demanda social. Y es este sentido el que impera en la redacción del art. 39 de la Constitución, el cual en su punto 1º consagra la protección de la familia, alcanzando no sólo a la fundada en el matrimonio, sino también a la unión familiar de hecho. Esto asimismo se reafirma en el apartado 2º del precepto al proclamar “la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”. La protección pues, incluye a los miembros de la unión familiar de hecho.

Esta asimilación entre la unión de hecho y el matrimonio sólo a los efectos de constitución familiar, contrasta con la presunción de la paternidad que se da de forma automática en el matrimonio, mientras que en la unión familiar de “facto” es necesario reconocer la paternidad o probarla.

En este sentido, Manuel Peña y Bernaldo de Quirós estiman que sólo el matrimonio hace legalmente cierta, de modo automático, la partenidad.

En cambio, para Estrada Alonso, el concepto de familia debe cimentarse sobre el potenciamiento de la personalidad del individuo y sobre la comunidad de vida estable. Como este presupuesto puede darse tanto dentro del matrimonio, como fuera de él, creemos que los convivientes “more uxorio” configuran una familia.

En contra de este último argumento, la “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación” dictada por la Iglesia Católica señala que “el hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas y educado en el matrimonio. Éste posee bienes y valores específicos de unión y procreación incomparablemente superiores a los de las formas inferiores de la vida”. Ante esta afirmación, se aprecia cómo aún existen opiniones que rechazan totalmente la unión de hecho como situación familiar, y reafirman la misma existencia de la familia tradicional, lo cual no obsta para

que la familia natural sea considerada como tal, con independencia de vínculo jurídico alguno.

2.3. Clases de filiación en la unión de hecho. Incidencia de la Reforma del Código Civil, de 13 de mayo de 1981.

Antes de adentrarnos en los efectos jurídicos que la filiación extramatrimonial conlleva, conviene poner de relieve que a raíz de la Reforma operada en el C.C. por Ley de 13 de mayo de 1981 en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, los arts. 108 y siguientes de este cuerpo legal, referentes a la paternidad y filiación, ubicadas en el Título V, han sido modificados.

El C.C., siguiendo los dictados de la Constitución de 1978, respecto a los principios de igualdad y no discriminación (art. 14), y en base a las fuentes internacionales en esta materia (Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950, la Carta Social Europea de 1961 y la Convención Europea sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio de 1975) equipara los efectos de la filiación matrimonial y la extramatrimonial.

Así, el art. 108 C.C. señala que “la filiación puede tener lugar *por naturaleza y por adopción*. Asimismo, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”. Y por último, equipara los efectos de ambas clases, y de la adoptiva, al disponer que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena (adopción según la L. 21/1987, de 11 de noviembre), surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”. Este precepto habría que enlazarlo con el principio de igualdad antes citado respecto de los hijos, consagrado en el art. 39 2º de la Constitución.

A la vista de lo expuesto, se entiende por filiación extramatrimonial aquélla en la que los padres no están casados entre sí en el momento de la concepción ni en el del matrimonio, ni contraen éste con posterioridad. Esta filiación puede tener *una causa biológica o natural*, o puede tener lugar *por adopción*. Y aún más, a estas dos clases legales cabría añadir como especialidad no prevista en el C.C., *la derivada de procreaciones asistidas*.

Estas tres clases tiene efectos determinados, y a veces un régimen especial, en la unión familiar de hecho, lo cual merece un estudio separado. Pero, antes

de abordarlo, conviene aclarar las repercusiones en este punto de la equiparación operada por la reforma citada.

Históricamente, siempre se han llamado hijos legítimos e ilegítimos a los nacidos dentro y fuera del matrimonio, respectivamente. En nuestros tiempos, aparece una denominación distinta, la de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, entre otras cosas porque la misma expresión anterior reflejaba cierta conducta reprobable desde el punto de vista ético y social, incluso jurídico en base a la negación de ciertos derechos propios de la filiación a los “hijos ilegítimos”.

Al respecto, destaca un artículo publicado en la Revista “La Ley” en 1988, titulado “Reflexiones sobre la Reforma del régimen de la filiación”, cuyo autor, José Ferrandis Vilella, opina que “no se trata de equiparar hijos legítimos e ilegítimos, lo que ocurre es que ya no hay hijos ilegítimos”. Añade que, con la Reforma, no es que queden equiparadas las distintas clases de filiación, sino que ya no hay distintas clases de filiación (y ello ni siquiera haciendo entrar en el cuadro a la adopción). En este sentido, y a la vista del art. 108 C.C., estima que “hemos de contemplar a la filiación como un vínculo que puede tener su origen en la procreación (dentro o fuera del matrimonio) o en la adopción”, siendo iguales los efectos en uno y otro caso.

En suma, se observa pues que es el modo de originar el vínculo paterno-filial el que determina lo que tradicionalmente se conoce como clases de filiación.

Después de negar dicha clasificación, el autor citado critica el que no se haya unificado las clases de hijos, borrándose así la distinción existente entre ellos, a pesar de que el art. 14 de la Constitución prohíbe la discriminación por razón de nacimiento; y se muestra partidario de que se hubiera mantenido la diversidad de filiaciones, pero con atribución de derechos idénticos para todas ellas. Asimismo, pone de manifiesto que la Reforma del C.C. va más lejos que el texto constitucional pues lo que trata es de “eliminar la distinción misma entre filiaciones”, al declarar el art. 108 que todas ellas “surten los mismos efectos”. Señala textualmente que “el art. 108 no distingue clases o tipos de filiación; lo que hace es diferenciar entre varios modos de determinar la filiación”. Actualmente sólo existe una filiación que “puede tener lugar por naturaleza y por adopción”. Y esto mismo es lo que se afirma en el párrafo primero del art. 108. El que la filiación pueda ser matrimonial o no matrimonial sólo alude a la existencia o no de vínculo jurídico entre los progenitores, no a la forma de determinarla.

Precisamente, atendiendo al vínculo jurídico o no que liga a los progenitores, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que después pasaría a convertirse en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, expresa que “la circunstancia de que la filiación se produzca dentro o fuera del matrimonio es, como regla, irrelevante en relación con el tema de los efectos (por más que tenga importancia en orden a regular la cuestión relativa a la determinación legal de la filiación). Lo decisivo en cuanto a los efectos de la filiación, una vez determinada ésta, es la proclamación de igualdad ante la ley, “con vigencia dentro y fuera de la familia”.

Luego, como señala Ferrandis Vilella, “la igualdad de derechos entre hijos es compatible con la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial”.

Sobre este punto, es curioso el análisis que hace Albaladejo sobre estas situaciones, al observar que esta distinción entre ambos tipos de filiaciones (reiteramos que sólo a los efectos de existencia o ausencia del vínculo jurídico) da lugar a dos estados, por más que los derechos de los hijos frente a sus padres sean los mismos en uno y otro caso.

En el caso de que exista vínculo matrimonial, y lo citamos para apreciar la diferencia, se produce “un estado de familia”, porque el hijo matrimonial está inserto en la familia que sus padres formaron al casarse.

En cambio, si lo que existe es una unión de hecho, se origina un “estado parental”, pues el hijo no matrimonial que ha ligado en todos los aspectos con todos los parientes del padre, al quedar inserto en el grupo parental del que este último forma parte. Esto no era posible bajo la legislación anterior, en la que sólo se le concedía un “status filii” como relación o vínculo bilateral con el progenitor que le hubiera reconocido.

2.4. Especial estudio de la adopción en la unión de hecho

La adopción es uno de los modos de originar el vínculo o relación paterno-filial y produce los mismos efectos de la filiación natural. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, al modificar los artículos del C.C. correspondientes a la adopción, incluye una favorable novedad en su disposición adicional 3ª: “Las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables *al hombre y a la mujer integrantes* de una pareja unida de forma *permanente* por relación de *afectividad* análoga a la conyugal”.

Es novedosa esta disposición porque por primera vez en nuestro Derecho se concede, de forma legal, a las uniones de hecho, la posibilidad de crear este tipo de relaciones, que tradicionalmente se ha reservado a las personas individuales y a los esposos.

En interés del hijo adoptado, hay que partir de que estas uniones son realmente matrimoniales, aunque les falta el requisito de forma. Son como matrimonio o “cuasi-matrimonio”, y no mera relación frívola o concubinaria.

Es indudable que para que la adopción sea concedida a esta pareja, es necesaria la exigencia de una serie de requisitos, pues si éstos son exigidos a las personas individuales o a los esposos, con mayor razón han de serlo en estos supuestos, y no por agravar el procedimiento de concesión, sino en interés del futuro adoptado. Estos requisitos se deducen unos del texto de la citada D.A. 3.^a, y otros de la lógica del Derecho.

1.º).— Requisitos exigidos por la D.A. 3.^a:

- Ha de tratarse de una pareja heterosexual.
- Dicha pareja ha de estar “*integrada*”, es decir, que exista un proyecto de vida común, actuación.
- Ha de ser “*permanente*”, pues dicha unión no está sometida a condición o término alguno, en base a la imagen de familia que tal pareja representa. En este mismo sentido, las relaciones prematrimoniales, como ensayo de matrimonio para comprobar si éste interesa o no, no gozan de dicha nota de permanencia, puesta en duda por las mismas partes, y sólo participan de un carácter aleatorio.
- La relación que les da una ha de ser “*efectiva*”, análoga a la conyugal.

2.º).— Requisitos de Derecho: Éstos son exigibles porque dicha convivencia ha de ser comprobada legalmente para que las exigencias de la D.A. 3.^a sean efectivas. Por ello, la unión debe ser:

- *Actual*, en el momento de la petición de adopción y transcurso del procedimiento. Ello se prueba, entre otros medios, a través de un acta notarial de notoriedad de fijación de hechos, desarrollada en el art. 209 del R.N., en la que el Notario, a la vista de las pruebas practicadas y su inmediatez con las partes, puede ejercer verdaderos efectos disuasorios o constructores de la pareja.

- *Antigua* en el tiempo: La ley anterior de 1970 en materia de adopción, reformada por la actual de 1987, permitía a los cónyuges adoptar si vivían juntos, procedan del consumo y llevaban más de cinco años de matrimonio (antiguo art. 178 C.C.). El nuevo texto no especifica desde qué plazo puede considerarse permanente esa unión. Por analogía con otras figuras, podría pensarse en un plazo más corto de convivencia (un año: arts. 81, 86, 1.393.3º C.C.), pública, pacífica y no interrumpida; o eliminar el mismo, en cuyo caso la formación de esa unión con el carácter de permanente exigiría un consentimiento o “*affectio unionis*”.
- *Probada*: la existencia y duración de la pareja debe probarse, pues no rige aquí la presunción del art. 69 C.C. Importante es aquí el acta de notoriedad de fijación de estos hechos, que recoge las declaraciones de los miembros de la pareja, bajo pena de falsedad en documento público, corroborada por otros medios de prueba.
- *Posible*: Para fundar la unión de hecho hay que tener capacidad para ello, y para adoptar se exige un mínimo de veinticinco años de edad en uno de los adoptantes, pudiendo ser el otro mayor de edad sin llegar a los veinticinco años o menor emancipado.

Además, se exige un consentimiento libre y no viciado, el cual no lo podrán prestar:

- los menores de edad,
- los menores emancipados sin estar debidamente asistidos,
- los ligados con vínculo matrimonial anterior,
- los que tienen entre sí vínculos de parentesco.

Al tratarse de un supuesto excepcional de filiación adoptiva la creada en el seno de una convivencia de hecho, ésta es objeto de una interpretación restrictiva, de suerte que cuando la D.A. 3ª de la ley alude como sujeto pasivo al menor, no deberíamos plantearnos la posibilidad de que sean adoptados los menores emancipados o los mayores de edad. No obstante, no sería de extrañar que la autoridad judicial competente, valorando las circunstancias del caso, admita a estos sujetos pasivos a la adopción por los componentes de una unión libre si se dan las circunstancias del art. 175. 2º C.C., es decir, cuando inmediatamente antes de la mayoría de edad o emancipación no interrumpida

de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

En suma, la unión de hecho, para la adopción, no deja de ser un verdadero contrato por el que dos personas de distinto sexo consienten en unirse para el mejor desarrollo y realización de sí mismos a través de la vida en común.

2.5. Referencia a la utilización de técnicas de reproducción asistidas por los miembros de la unión.

Éstas están reguladas por la L. 35/1988, de 22 de noviembre.

Se ha discutido si estos métodos de reproducción deberían restringirse a las parejas casadas, argumentando que sólo ellas pueden ofrecer una familia estable y unas condiciones éticas y sociales para el desarrollo del ser que nazca de este procedimiento. Afortunadamente, se ha impuesto en este punto también la tesis de la no discriminación e idéntico trato a la pareja heterosexual (sea casada o no) habida cuenta de la idea amplia de familia vigente en nuestra sociedad y en nuestro Derecho, ya que la Constitución de 1978 protege también la familia no matrimonial, cuando al hecho de que el nacido de procreación asistida puede encontrar en la unión de hecho la misma estabilidad afectiva y condiciones humanas aptas para su desarrollo, amén de padre y madre, como en la matrimonial.

Incluso, la Ley de 1988 que regula esta materia distingue, a la hora de determinar la paternidad en estos procedimientos, si se trata de pareja casada, no casada o de mujer sola que se somete a estas técnicas, y en los dos primeros casos según sea I.A.C. (con semen del varón de la pareja) o I.A.D. (con semen del donante).

2.6. Determinación de la Filiación: paternidad y maternidad

a) Paternidad

En la época medieval, la filiación derivada de una unión indefinida, al margen del matrimonio, tuvo especial relevancia y tratamiento: el padre tenía la obligación de alimentar y educar a los hijos nacidos de la barragana, quedando determinada su filiación por esa convivencia pública y notoria en hogar común, sin necesidad de reconocimiento. Así las cosas, las Partidas justificaban la barraganía frente a quienes la criticaban y pretendían penalizarla,

en base a la preferencia de una mujer a varias, y en la certeza de que los hijos hubiesen nacido de ella.

Suprimida con posterioridad la barraganía como institución social, mal vista por la Iglesia, antes incluso del Concilio de Trento, el concepto de hijo natural deja de estar condicionado por el concubinato público de los padres y depende de que el hijo fuera procreado por quienes pudieran haber contraído matrimonio entre sí. Este nuevo planteamiento hace incierta la paternidad natural, surgiendo entonces la necesidad del reconocimiento del hijo natural por el padre (Leyes de Toro).

Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia crearon la posibilidad del reconocimiento tácito o por posesión de estado. La investigación de la paternidad es producto de importación extranjera (Francia), y comprende tanto los supuestos de reclamación judicial de paternidad, ingorada por las Leyes de Toro, como las de investigación de reconocimiento no formal o de posesión de estado.

Hoy en día, y antes de proceder a la determinación legal de la filiación, la unión marital de los progenitores facilita la posesión del estado de filiación.

Tras la Reforma de 1981 del C.C., en materia, entre otras, de filiación, la determinación de la filiación extramatrimonial presenta mayor complejidad que la matrimonial, en atención a la diferente realidad social de cada una. Es por eso por lo que Lacruz Berdejo señala que, a pesar de la equiparación de los efectos entre uno y otro tipo de filiación, en base al art. 108 C.C., la igualdad no es absoluta, pues lo prohibido es la diferencia de trato no basado con una justificación objetiva y razonable (Sentencias del T.C. de 1 de junio y de 3 de agosto de 1983, 10 de julio de 1985, 20 de mayo y 7 de julio de 1987).

Dentro del Libro I. del C.C., Título V, Capítulo III, Sección III, trata este punto, estableciéndose en el art. 120 los mecanismos que determinan la filiación extramatrimonial, dentro de la cual entraría formando parte de ella la que tiene su origen en una unión de hecho. Este art. dice así:

“La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

- 1.º Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
- 2.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

3º Por sentencia firme.

4º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna con la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil”.

De estos cuatro medios, sólo el número tercero es judicial; los otros tres son extrajudiciales.

Al respecto opina Lacruz Berdejo que con la Reforma de 1981, y tal como quedó redactado el C.C. en este punto, se ha perdido una buena oportunidad para avanzar en la mejoría de la regulación de la filiación, pues se echa de menos una presunción legal de paternidad extramatrimonial, que no existe, regulación como la de los Códigos alemán, suizo y otros, en lugar del régimen casuista de nuestra legislación histórica y otros latinos. En este mismo sentido, Benabent se muestra contrario a que el concubinato conlleve a la presunción de paternidad, dado que éste no obliga a un comportamiento fiel; para él “el concubinato sólo debe jugar como cuasi-presunción”.

En conclusión, sólo existe presunción legal de paternidad en el caso de la filiación derivada del matrimonio. En la derivada de una relación de hecho, así como en cualquier otra extramatrimonial, si no se ha producido un reconocimiento del hijo por parte del padre o madre, es necesario su prueba para determinarse por medio de los mecanismos establecidos en el precepto indicado. En este ámbito probatorio, juega un importante papel la unión marital de hecho, pues a tenor del art. 135 C.C., facilita la prueba en caso de reclamación judicial de la filiación paterna, lo cual ya entra en el marco de las acciones de filiación.

Para finalizar este apartado, hay que destacar la opinión de Clavería, quien pone de manifiesto “las dificultades derivadas de la ausencia de preconstitución de la prueba de la filiación”, con lo cual la convivencia de la madre en época de la concepción como medio indirecto para declarar la filiación, del art. 135, ha de estar lo suficientemente probada para que sea un factor determinante, además de ser permanente y no casual. Y esto se plantea porque se puede dar el caso de que la unión de hecho se disuelva, al igual que se extingue un vínculo matrimonial, antes del nacimiento de un hijo que se espera, cuyo origen es la unión misma. En este supuesto, aparte de este medio indirecto del art. 135, es acertada la opinión de Clavería al apuntar la necesidad de que el Ordenamiento Jurídico, en concordancia con determinados preceptos constitucionales, facilite al máximo la indagación de la paternidad real, con el fin de que también el varón y no sólo la mujer, quede vinculado por sus actos.

b) Maternidad:

Hoy en día, la indagación de la maternidad matrimonial y de la no matrimonial son objeto de distinto tratamiento.

En este apartado, es crucial el art. 47 de la L.R.C.: “En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria. —No constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos. —La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre, formalizado ante el encargado del Registro el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos quince días de aquella notificación”.

El distinto régimen en la determinación de la maternidad matrimonial y la no matrimonial se encuentra, pues, en que la madre no casada puede desconocer a su hijo o hacer que se suprima la inscripción de su maternidad, cosa que no es posible en el caso de hijos matrimoniales. Esto, aparte de ser discriminatorio, conlleva el riesgo, en la unión de hecho, de no reconocer la madre respecto al hijo habido de la unión, si ésta se extingue antes del parto, dado que tampoco hay presunción de paternidad para estos casos. Aquí, entraría de nuevo en juego el art. 135 C.C., respecto de la convivencia probada de la madre con el padre en la época de la concepción, así como las acciones civiles ejercitables por el padre tendentes a exigir el reconocimiento materno. Quizá el error se encuentre en el art. 47 citado al admitir el desconocimiento del hijo o la supresión de la inscripción por parte de la mujer no casada, que a su vez no reconozca a su hijo, olvidándose de que no casada puede estar la mujer integrante de una pareja estable que convive de forma permanente, supuesto que debería haber sido equiparado en este punto, y en interés y protección del hijo, a la mujer casada, de la misma forma que se critica la ausencia de presunción legal de paternidad para estas uniones.

De todas formas, este posible desconocimiento por parte de la madre exconviviente, a pesar de la extinción de la unión, no es que sea un supuesto frecuente, sino que dada la redacción del art. 47 citado, éste es objeto de crítica.

2.7. Reclamación e impugnación de la filiación originada en la unión

No determinada legalmente la filiación derivada de una unión marital de hecho, puede cualquier persona si hay posesión de estado (131 C.C.) o el hijo durante su vida si no la hay (133. 1º C.C.), reclamar judicialmente el establecimiento de una concreta filiación no determinada formalmente. Dicha reclamación puede ser respecto de uno de los progenitores o de los dos.

Tal acción se regirá por lo dispuesto en los arts. 131 - 135 C.C., con especial referencia a este último.

Respecto a la posesión de estado, del comentario a la sentencia del T.S. (Sala 1ª) de 14 de noviembre de 1987, realizado por Francisco Lledó Yagüe, se extrae que ha de tratarse de una posesión continuada. Asimismo, estima que de la conjunción de los probados hechos indiciarios se llega a la conclusión de declarar la paternidad cuando resulta acreditada por actos notorios y reiterados del mismo padre o de su familia.

En esta sentencia citada en concreto, parece ser que la convivencia de ambos padres en el momento de la concepción hubiera sido un dato decisivo a la hora de indagar la paternidad pero, del caso se extrae que, ni hubo dicha convivencia, ni tampoco reconocimiento o posesión de estado, por lo que la reclamación de paternidad por la progenitora no prosperó.

En conclusión, la cohabitación entre los progenitores produce una presunción de hecho respecto de la paternidad acreditativa de ciertas relaciones sexuales del demandado con la madre, a menos que él demuestre que ese hijo no es obra suya, alegando inexistencia de relaciones en cierto plazo o invocando la “exceptio plurium concubentium”, es decir, que a pesar de convivir con la madre en la época de la concepción, no fue él sólo quien tuvo relaciones sexuales con ella. Si logra probar esto último, hará surgir una presunción de hecho en contra del tercero en cuestión. Aunque resulte reiterativo, toda cuestión de reclamación y de determinación sería menos difícil si la presunción legal de paternidad se extendiera a las parejas no casadas y se aclarase el texto del art. 47 L.R.C. en el sentido antes indicado.

Asimismo, la paternidad y maternidad derivada de una convivencia “more uxorio” puede ser objeto de impugnación, aunque la filiación se halle legalmente determinada, a excepción de la declarada judicialmente. Ello se regirá por los arts. 137 y 40 C.C.

2.8. Contenido de la filiación; referencia especial a la patria potestad

Determinada legalmente la filiación respecto de ambos progenitores, que no están casados entre sí, ¿a quién corresponderá la patria potestad?

Siempre que esté determinada la filiación (art. 120 C.C.), los padres que conviven tienen la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados (art. 154 en relación con el 108, C.C.). Luego, esta potestad, en su configuración actual, aparece como una función compartida que “se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores” (art. 156 C.C.). De ello se deduce que el hecho de que los progenitores no estén casados entre sí, tal circunstancia no es obstativa para la atribución a ambos de la patria potestad.

Supuesto distinto es el de los hijos producto de la unión, cuyos progenitores ya no convivan maritalmente. En este caso, sería más problemática la atribución de tal potestad, sobre todo al quebrantarse la facultad de los padres de tener los hijos en su compañía (154, párrafo 2º, nº 1, C.C.), supuesto al que le sería de aplicación el art. 156 C.C.: “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva”, al margen de que el otro progenitor tenga los deberes propios de la relación paterno-filial.

Aquí se plantea una separación conceptual entre lo que es la atribución y el ejercicio de la patria potestad. Como advierten Díez Picazo y Gullón, “sería erróneo identificar el contenido de la relación paterno-filial con el régimen jurídico de la patria potestad”. El primero existe desde que la filiación queda legalmente determinada, pero el segundo es un plus que se superpone en la fase de la menor edad a los hijos. Por ello, puede existir una relación paterno-filial cuyo contenido no corresponda a la patria potestad, bien porque el padre y la madre han sido privados o excluidos de ella, o porque tienen suspendido su ejercicio (o también porque ya no convivan juntos).

En todos estos casos se da una relación que tiene un contenido jurídico: por ejemplo, el art. 110 que establece la obligación de velar por los hijos menores y prestarles alimentos, aunque no se ostente la patria potestad; la obligación alimenticia entre padres e hijos, con independencia de la patria potestad; etc.

Todas estas consideraciones vienen a poner de manifiesto que unos son los deberes relativos a la patria potestad, y otros los propios de la relación paterno-filial. Lo normal es que en una pareja no casada, que conviva, y con hijos fruto de la unión, ambos confluyan sobre los dos progenitores.

Por otro lado, el que exista patria potestad de los padres, con independencia del matrimonio o no (art. 156 C.C.) supone el reconocimiento de la familia de “facto”.

Por lo demás, y en lo referente al resto del contenido propio de la filiación, ya se ha señalado que los efectos de ésta son los mismos en la originada del matrimonio y en la derivada de la unión libre, con las excepciones citadas en orden a la determinación de la filiación. Luego, la regla general es la equiparación plena en cuanto al “status familiae” y parentesco, nombre, patria potestad ya citada, alimentos, sucesión mortis causa, nacionalidad, etc.

La excepción la contempla la última frase del art. 108 C.C. (“...conforme a las disposiciones de este Código”), pues deja a salvo la posibilidad de que en algún caso pueda manifestarse alguna diferencia de régimen que no debe ser discriminatoria, sino justificada objetiva y razonablemente en alguna diversidad fáctica: así, en materia de apellidos, cuando esté determinada sólo la paternidad o la maternidad, a tenor del art. 190 C.C. (Lacruz Berdejo).

2.9. Últimas consideraciones

Cada día son más los tribunales que reciben demandas de tutela sobre pretensiones en relación a los hijos surgidos normalmente en el momento en que la relación de convivencia termina. Así, entre los problemas planteados por las uniones de hecho ante los tribunales, se encuentra el de la tutela y convivencia con los hijos nacidos durante la unión y crecidos en el seno de ésta. En este sentido, y para la solución de otras cuestiones por las originadas en estas situaciones de convivencia marital, José Luis Serrano Moreno propone la existencia de un estatuto jurídico que tenga en cuenta esta dimensión vital de la unión de hecho.

Entre otras características, este estatuto mínimo deberá “determinar a cuál de los exconvivientes corresponde la tutela, el mantenimiento, y/o la convivencia con los hijos menores nacidos y crecidos en el seno de ésta. En este punto, el “estatuto jurídico de la familia sin matrimonio” está hecho, pues la forma matrimonial de la familia es irrelevante, y todas estas cuestiones sobre la protección de los hijos y el conjunto de derechos y deberes de los padres tienen su solución en los arts. 39.2º y 3º de la Constitución, así como en los arts. 108 y siguientes del C.C., redactados conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, bajo el principio, aunque en algunos puntos ya citados discutible, de la plena equiparación.

BIBLIOGRAFÍA

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*; (Madrid, 1989).
- CLAVERÍA, "Hacia una nueva concepción del matrimonio". *La Ley*, (1983).
- FUENTES LOJO, "La subrogación en el arrendamiento de vivienda de los unidos extramatrimoniales". *La Ley*, (1987).
- SERRANO MORENO, "Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio I y II". *Actualidad civil* 28 y 29 (1987).
- FOSAR BENLLOCH, "Derecho de familia y política familiar europea en los años 1986 y 1987. Las Perspectivas de la familia y el Derecho de familia en la Europa del año 2000". *Actualidad civil* (1987).
- GARRIDO DE PALMA Y REGOJO OTERO, "La familia no matrimonial (Estudio sobre el concubinato)". *R.G.L.* (1986).
- HERRERA MOLINA Y SUÁREZ GONZÁLEZ, "La tributación de las unidades familiares por el IRPF y el delito fiscal; Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 1989". *La Ley*, (1989).
- MERINO GUTIÉRREZ, "Las uniones libres y su perspectiva actual, las parejas no casadas". *La Ley*, (1989).
- LACRUZ BERDEJO Y SANCHEZ REBULLIDA, *Elementos del Derecho civil. Derecho de familia*. (Barcelona, 1984).
- FERRANDIS VILELLA, "Reflexiones sobre la reforma del Régimen de la filiación. En particular, la inserción del hijo no matrimonial en la familia del progenitor". *La Ley* 2 (1988).
- LLEDÓ YAGÜE, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (sala 1ª) de 14 de noviembre de 1987". *BICNG* (1989).
- ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*. (Madrid, 1986).
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, "Influencia del Derecho público sobre el derecho de familia". *R.D.N.* (1986).
- DE LA OLIVA SANTOS, "La sentencia del Tribunal constitucional. Pleno 45/1989 (IRPF y declaración conjunta de los casados), una legislación retroactiva y, de nuevo el principio de igualdad en entredicho". *La Ley* 2 (1989).
- PALRO TABOADA, "La unidad familiar ante el Tribunal Constitucional, comentario de la Sentencia del Tribunal constitucional. 209/88 de 10 de noviembre de 1988". *La Ley* 1 (1989).
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, "Sobre la tributación de la familia. Comentario a la Sentencia del Tribunal constitucional 45/89 de 20 de febrero de 1989". *La Ley*, (1989).
- NOIR-MASNATA, *Los efectos patrimoniales del concubinato y su influencia en el deber del sostenimiento entre esposos separados* (Madrid, 1986).
- FUENTES LOJO, *Suma de arrendamientos urbanos I y III*, (Barcelona, 1989).
- GÓMEZ I SINDE, *Todo sobre el divorcio*. (Barcelona, 1983).
- MARTÍNEZ CALCERRADA Y OTROS, *Nueva pensión de viudedad*. (Madrid, 1986).
- ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*. (Madrid, 1987).
- ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho de Trabajo*. (Barcelona, 1982).
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*. (Madrid, 1983).

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil II*. (Madrid, 1984).

FAIRÉN GUILLÉN. “¿Donación con causa torpe o subrogación fiduciaria?” *R.N.D.* (1985).

DESDENTADO Y TEJERINA, *Comentario a las reformas del Derecho de familia II, La Ley 30/81: Disposiciones transitorias, adicionales, final y derogatoria*. (Madrid, 1984).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n.º 209/88 de 10 de noviembre*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n.º 45/89 de 20 de febrero*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n.º 260/88 de 22 de diciembre*.

TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia (sala 3ª) de 3 de febrero de 1989*.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, *Sentencia de 27 de marzo de 1989*.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, *Sentencia de 23 de junio de 1986*.

AUDIENCIA TERRITORIAL DE BARCELONA, *Sentencia de 16 de mayo de 1989*.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO, (sala 4ª), *Sentencia de 19 de abril de 1989*.