

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA EXCLUSIÓN VOLUNTARIA DE LA LEY Y LA RENUNCIA A LOS DERECHOS.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del Título Preliminar del Código Civil, y bajo la rúbrica del capítulo II referido a la eficacia general de las normas jurídicas, el artículo 6, en su breve apartado 2.º, señala que «la exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

En el presente comentario nos vamos a referir a dos instituciones que tienen como finalidad —así lo indica la rúbrica genérica del capítulo que hemos indicado— pretender la ineficacia de la ley por acto de la autonomía de la voluntad en supuestos concretos (1).

II. LA EXCLUSIÓN VOLUNTARIA DE LA LEY APLICABLE

Los términos utilizados por el legislador son certeros, estamos ante un acto de autonomía de la voluntad, por el cual el sujeto quiere impedir que la ley aplicable a la situación despliegue sus efectos.

Evidentemente la ley tiene que ser dispositiva, ya que por la propia naturaleza de la imperativa no puede oponerse la exclusión. Únicamente la norma dispositiva consiente el desplazamiento de su efectividad por la autonomía privada.

(1) Así lo define muy acertadamente GULLÓN BALLESTEROS en el comentario que realiza de este artículo 6, en el *Comentario del Código Civil*, coordinado por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2006, Bosch, pág. 112 y sigs.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la exclusión voluntaria y las normas imperativas; y ha señalado, por ejemplo, con lógico criterio la STS de 7 de junio de 1983, que «la exclusión voluntaria de la ley no es posible en las leyes de carácter imperativo o necesario».

También ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la exclusión voluntaria y las normas dispositivas. En la sentencia de 7 de junio de 1979 no consiente que las partes renuncien a una normativa dispositiva de una relación para acogerse a la especial de la misma por no reunir los requisitos exigidos para ello en esta última (en el caso de autos, un arrendamiento sometido al Código Civil que las partes quieren someter a la Ley de Arrendamientos Urbanos, aunque el objeto —solar— no está previsto en ella).

La exclusión de la ley puede realizarse de dos formas distintas:

Mediante el *pacto de efectos distintos a los legales* que implica también un desplazamiento de la ley por la autonomía privada, ya que el sujeto dispone un contenido diferente del que contiene la ley, sin embargo aunque desde el punto de vista sustancial hay una analogía, no la hay desde un punto de vista formal. Podríamos denominar a esta forma exclusión positiva.

En este sentido GULLÓN entiende que si la exclusión es de un bloque completo de normas, debe pactarse la ordenación sustitutoria, ya que de lo contrario se crearía una laguna legal que se trató de impedir con la regulación desplazada, salvo que el propio legislador haya previsto y dispuesto lo oportuno.

O simplemente, mediante la exclusión de la ley *sin pacto alguno* o estipulación concreta que regule la situación, lo que origina que los efectos perseguidos son los contrarios a los que se excluyeron.

La declaración de voluntad de exclusión de la ley aplicable puede ser *unilateral* o *bilateral* por quedar convenida con el interesado con otra persona, en cuyo caso también habrá que concretar el valor y la eficacia de la exclusión.

III. RENUNCIA DE DERECHOS RECONOCIDOS POR LA LEY

La renuncia de derechos es un negocio jurídico unilateral por el que el sujeto hace dejación de un derecho que ha entrado ya en su esfera jurídica (renuncia abdicativa), o que todavía no ha entrado (renuncia preventiva): en la primera se halla la de los derechos subjetivos de que es titular (de un derecho de crédito...), y en la segunda de los derechos a que se tiene derecho (repudiación de la herencia, renuncia a adquirir la herencia...).

La renuncia que comentamos se refiere a la renuncia de los derechos reconocidos por la ley, ya que es una particular expresión de la exclusión voluntaria, cuando se trata de la renuncia preventiva, esto es la anticipada, la que se realiza antes de que los derechos hayan ingresado en el patrimonio del renunciante. En palabras de GULLÓN realmente no hay una renuncia, sino una manifestación que impide adquirirlos.

La renuncia abdicativa, que podemos denominar renuncia propiamente dicha, ya que es la realizada cuando los derechos están ya en el patrimonio del renunciante, tiene lugar a través de un acto o un negocio de disposición sobre un objeto que ya le pertenece. La esencia de esta renuncia se encuentra en el hecho de que la ley que otorga los derechos es imperativa, y no puede ser desplazada por la voluntad de los particulares, lo que no impide que una vez adquiridos deban necesariamente ejercitarlos.

La jurisprudencia, en sentencia de 11 de octubre de 2000, se refiere a que «los requisitos para que la renuncia de derechos subjetivos sea eficaz jurídicamente atañe sólo a las abdicativas, y no es aplicable al contrato de transacción... No es aplicable aquella doctrina a la transacción, repetimos, porque este es un contrato en el que las partes se hacen recíprocas concesiones para alcanzar un acuerdo que zanja sus diferencias. Son renunciaciones de sus pretensiones a cambio de reconocimientos parciales de los mismos. Una transacción en modo alguno puede ser calificada y juzgada como una renuncia abdicativa pura y simple de derechos».

La jurisprudencia ha tenido ocasión de opinar sobre la posibilidad de un supuesto de *renuncia de un derecho inexistente*. Así la STS de 22 de marzo de 1994 dice que «es reiterada la doctrina de la Sala de que no es dable renunciar a un derecho inexistente, el que surge de una disposición legal posterior a la celebración del contrato, y que la renuncia de derecho no puede referirse a otros que los reconocidos por la legislación vigente al tiempo de realizarse aquélla, pero no a los establecidos y regulados en la legislación posterior».

Los *caracteres* de la renuncia de derechos han sido señalados por la jurisprudencia. En la STS de 5 de marzo de 1991 señala que «la renuncia ha de ser personal, clara y terminante».

También la STS de 25 de noviembre de 2002 destaca que «la jurisprudencia de esta Sala es reiterada y uniforme en declarar que las renunciaciones no se presumen; que han de resultar de manifestaciones expresas a tal fin, o de actos o conductas que de modo inequívoco, necesario e indudable lleven a la afirmación de que ha existido una renuncia. La mayor o menor tardanza en el ejercicio de una acción dentro del plazo legal concedido no es por sí misma, sin ninguna otra circunstancia concurrente, sinónima de aquel acto o conducta al que nos hemos referido».

Es posible la *renuncia tácita* de derechos, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en las SSTS de 27 de febrero y 5 de mayo de 1989 consideran que «son admisibles las renunciaciones tácitas, siempre que aparezcan de actos concluyentes que de forma indubitada demuestren la voluntad de renuncia. Si la propia ley exige a la renuncia que sea expresa o que se haga expresamente, entonces no puede tener encaje esas renunciaciones tácitas por muy concluyentes que puedan parecer».

En el mismo sentido, la STS de 30 de octubre de 2001 señala que: «Según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 26 de septiembre de 1983; 16 de octubre de 1987 y 5 de mayo de 1989) la renuncia supone una declaración de voluntad, recepticia o no (según los casos y supuestos en que se produzca), dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica; o según la STS de 4 de mayo de 1976, la renuncia es manifestación de la voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona. Asimismo ha de tenerse en cuenta que, si bien la renuncia ha de ser clara, terminantemente inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente el artículo 6,2 del Código Civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita».

IV. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA EXCLUSIÓN Y DE LA RENUNCIA

El legislador concreta cuáles son los dos requisitos de validez de ambas instituciones: cuando no sea contraria al interés o al orden público, y cuando no perjudique a terceros.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN (2) entienden que estos requisitos que procedían del antiguo artículo 4 del Código Civil (antes de la reforma del Título Preliminar) se establecían para la renuncia de los derechos que ya se tenían y que el actual artículo 6-2.º aplica a la renuncia de derechos, pues entienden que su extensión a la exclusión voluntaria de la ley aplicable se produce con gran dificultad.

En el caso de renuncia, tanto la de la ley como la de los derechos, tiene como límites que no perjudique a tercero, es decir, que esté uno u otro en la esfera de total disponibilidad del sujeto.

LA EXCLUSIÓN VOLUNTARIA, LA RENUNCIA Y EL ORDEN PÚBLICO

La doctrina jurisprudencial se ha encargado de otorgar sentido concreto a este concepto jurídico indeterminado, diciendo que son los principios jurídicos, públicos y privados, políticos morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada (STS de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979).

La STS de 28 de mayo de 1992 indica además, que «Dentro del estándar “orden público” hay que reputar hoy incluidas las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales».

LA EXCLUSIÓN VOLUNTARIA, LA RENUNCIA, EL INTERÉS PÚBLICO Y EL PERJUICIO DEL TERCERO

El interés público y el perjuicio de tercero son también conceptos indeterminados. El primero puede considerarse análogo al concepto de interés general, al bien de todos, al de la generalidad.

El perjuicio de terceros se encuentra en el supuesto de renuncia de derechos. En este caso la falta de validez puede adoptar diferentes formas como cuando la renuncia es inoperante o inoponible al tercero —que puede actuar como si no se hubiera producido—, otras veces tendrá lugar la rescisión del negocio de renuncia, y otras veces será necesario la declaración de su falta de validez.

La irrenunciabilidad establecida para evitar el perjuicio de terceros encuentra un claro fundamento en razones de índole patrimonial: no, como dice LASARTE (3) no se permite que el particular disminuya su patrimonio injustificadamente, alzando o escondiendo sus bienes. Y a la vez la irrenunciabilidad por perjuicio de terceros supone una clase del respeto debido al orden público económico o patrimonial. Es sabido que un principio fundamental es que el deudor debe responder de sus obligaciones con todos sus bienes (recordemos

(2) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 7.ª ed. Tecnos, Madrid, pág. 212.

(3) LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*. Tomo Primero, Parte general y Derecho de la persona, Trivium, Madrid, 7.ª ed., pág. 170.

el art. 1.911 del Código Civil) es la llamada responsabilidad patrimonial universal. Responsabilidad que forma parte del orden público económico, «y que en consecuencia es una regla que excluye al menos tendencialmente su conculcación por los particulares» (RDGRN de 22 de febrero de 1989).

RESUMEN

EXCLUSIÓN DE LA LEY

La autonomía de la voluntad posibilita que la ley aplicable a la situación despliegue sus efectos, sólo en las normas de carácter dispositivo. Y como modalidad de esta exclusión legal se encuentra la renuncia preventiva, o anticipada, esto es, la que se realiza antes de que los derechos hayan ingresado en el patrimonio del renunciante. En ambos casos la autonomía privada impide la eficacia general de las normas jurídicas configurándose únicamente como requisitos de validez de ambas instituciones: que no sea contraria al interés o al orden público, y que no perjudique a terceros.

ABSTRACT

EXCLUSION FROM THE LAW

Free will makes it possible for the law applicable to the situation to deploy its effects only on those terms that are dispositional in nature. And one mode of this exclusion from law is the preventive waiver, or waiver in advance, i.e., the waiver that is made before the rights have entered the estate of the person making the waiver. In both cases private autonomy blocks the general enforcement of legal rules, and the only requirements for the validity of both institutions are that it not be against the public interest or public order and that it not injure third persons.

1.2. Derecho de familia

CUSTODIA COMPARTIDA DE AMBOS PROGENITORES.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

La nueva normativa del Código Civil ha introducido la posibilidad de custodia compartida por ambos progenitores (1). Nos referimos a la Ley 15/2005,

(1) En 2002 hubo más de 115.000 rupturas matrimoniales, y aunque las leyes conceden igualdad de derechos a los dos progenitores, la custodia de los hijos se adjudica a la madre en el 95 por 100 de los casos. y cuando los niños son menores de siete años, la asignación de estos derechos a la madre es prácticamente automática. Además, el progenitor custodio también suele disfrutar en la práctica del domicilio conyugal, por lo que el ejercicio de la patria potestad le resulta mucho más fácil que al otro progenitor.