

**MARÍN VELARDE, Asunción/CABEZUELO ARENAS, Ana Laura/
MORENO MOZO, Fernando (Dir.): *Familia y Derecho en la España
del Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Luis Humberto Clavería
Gosálbez, Reus, Madrid, 2021, 930 pp.***

En este libro se reúne una cuarentena de trabajos dedicados al Profesor Clavería, cuyos autores concuerdan en que se trata de una gran persona, un gran profesor y un gran civilista –como me consta personalmente– y es uno de los últimos eslabones de la escuela «dorada» de los civilistas sevillanos, iniciada en el siglo pasado por De Diego y De Buen, exiliado en México, continuada por sus discípulos De Castro y De Cossío, y por Juan Jordano Barea, maestro del homenajeado, quien fue precedido en la dirección del Departamento por el legendario mandato de Ángel López, según recuerda atinadamente el Decano Alfonso Castro en el Prólogo de la obra, exquisitamente impresa por la Editorial Reus y organizada con eficacia por Carlos Rogel Vide. Tras unas entrañables semblanzas debidas al propio Rogel y a José León-Castro, la obra se divide en cuatro grandes apartados, que se refieren al Derecho de familia en general y se expande al Derecho de la persona; a continuación, al matrimonio y parejas de hecho; en seguida, a las crisis matrimoniales y al régimen económico, y, por último, a las relaciones parentales, la filiación y las instituciones tutelares. Por supuesto que no podemos abarcar todos los estudios con la extensión que se merecen y en ocasiones nos limitaremos a una sumarisima indicación del tema tratado.

El primero de estos apartados se abre con una serena y docta exposición de los principios rectores del Derecho de familia contemporáneo, de Carlos Lasarte, quien preside el Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, y se detiene en las transformaciones históricas y sociales de la familia, el matrimonio y el parentesco, los grupos de convivencia, con vínculos de solidaridad y socorro mutuo, que constituyen un *prius* sociológico ante el Derecho, los principios constitucionales y las principales reformas legislativas, los caracteres del Derecho de familia y termina con el régimen estatal y autonómico de la mediación familiar. Por otra parte, de índole distinta son las cáusticas reflexiones críticas y en contra de la corriente predominante de Tomás Rubio, cuya preocupación fundamental es reducir el programa de Derecho de familia que deben explicar los civilistas en un cuatrimestre junto con el Derecho de sucesiones, y por eso propone eliminar, por ejemplo, las lecciones sobre el sistema matrimonial, las donaciones *propter nuptias*, los juicios sobre separación, divorcio o nulidad, o sobre la filiación, en sus palabras, un «verdadero monumento al rabinismo» que ha devenido inútil por la igualdad de los hijos, apoyándose en un sano realismo y en la rica y compleja trayectoria histórica de la familia, sus funciones sociales en la época de la codificación y sus avatares en el terremoto de los últimos treinta años. De estilo diferente, ambas aportaciones enriquecen notablemente la obra.

En este apartado se incluyen, además, diversos estudios sobre la causa ilícita y el control de legalidad en los actos relativos a la familia, debido a Javier Feás; la protección de los menores en la creación intelectual, la situación de dependencia y ante las Administraciones públicas, que examina M.^a Fernanda Moretón; la ruptura de las promesas de matrimonio y sus consecuencias patrimoniales, analizada por Encarnación Abad; la mediación familiar en Andalucía, que estudia José M.^a Pérez Monguió; los aspectos civiles de la violencia de género, que examina con rigor Domingo Bello; la protección de la familia frente a las inmisiones, por Joaquín José Herrera; el con-

cepto procesal de familia, destacado por Valentín Cortés, como un centro de imputación subjetiva de tutela y del Derecho constitucional a la intimidad; por último, el contraste entre la familia, las uniones matrimoniales y la igualdad de los hijos en el Derecho español y en el italiano, que resalta Eduardo de la Iglesia, centrado este último en la familia matrimonial que impone la Constitución republicana, y la posterior aceptación de la unión civil homosexual y la plena integración de los hijos con independencia de la filiación en la familia de sus progenitores.

Mención aparte merecen tres trabajos sobre la discapacidad, en especial de las personas mayores con cierto deterioro intelectual. En el primero de ellos, Esther Muñiz y Germán de Castro estudian en profundidad el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación, publicado *on line* en 2018, con el fin de completar la recepción de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, que está en vigor en España desde 2008. Ante todo, destacan la importancia del guardador de hecho y del apoyo prestado por un curador judicial y de carácter graduable, que puede ser también representativo, reservándose la tutela para casos excepcionales, conforme a las necesidades y preferencias de la persona que requiere tal asistencia; examinan los distintos supuestos de autorregulación del apoyo, para terminar con el nuevo paradigma de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y los problemas que suscitan los cambios sobrevenidos al respecto. A continuación, Inmaculada Vivas ofrece un estudio evolutivo de la Convención, su aplicación judicial y las numerosas y también fragmentarias leyes sobre los derechos de las personas con discapacidad hasta el Anteproyecto aprobado por el Gobierno en 2018, poniéndose de relieve el desajuste existente entre, por un lado, el necesario reconocimiento formal de la incapacidad cuyo grado mínimo es del 33 % y, por otro, las nuevas y flexibles definiciones de la discapacidad. Un enfoque semejante propone, en fin, Asunción Marín si bien recalca el papel de la familia como piedra angular de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad en el Proyecto de Ley de 2020, en particular en su habitual función de guardador de hecho, descartándose los servicios asistenciales y residenciales acordados mediante una relación contractual con la persona necesitada de apoyo, salvo los poderes preventivos otorgados cuando tenía capacidad o alguna capacidad para tomar sus propias decisiones, así como la propuesta de autocuratela. En definitiva, es lo que establece hoy el Código civil reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, entre muchos otros aspectos.

Por lo que atañe al matrimonio, Carlos Martínez de Aguirre pone de relieve que las reformas de 2005 han vaciado el contenido usual de los deberes entre cónyuges por carecer de sanciones coercibles –como ya lo eran antes de las citadas reformas– salvo las prestaciones patrimoniales, lo mismo que el consentimiento matrimonial y los fines procreativos del matrimonio, el cual persiste, sin embargo, en la realidad social y se puede reconstruir a partir de la filiación puesto que se basa, literalmente, en «la unidad, heterosexualidad y estabilidad rayana en la indisolubilidad», y que viene a confirmar, curiosamente, el equilibrio interno de la adopción. Por su parte, Leonardo Pérez estudia el modelo igualitario de las familias, en plural, acogido por la Constitución cubana de 2019, sin discriminación alguna por razón de sexo, género, orientación sexual e identidad de género, si bien el matrimonio ha de ser entre personas de sexo diferente y perdura aún en casos de emigración de uno de los cónyuges, mientras que, por el contrario, la unión de hecho habilita también para constituir una familia pero no se asimila ni se debe asimilar, a

su juicio, al matrimonio. Asimismo, M.^a del Carmen Fernández Villavicencio participa en esta obra con un breve estudio sobre la evolución del pensamiento del profesor homenajeado al compás de las sucesivas reformas del matrimonio, que este concibe como un medio para proclamar la paternidad del marido, y por consiguiente no cabe en la unión homosexual, aunque estima que se puede utilizar el mismo nombre para facilitar su inserción efectiva en la vida social. Por último, Juan Pablo Murga analiza el panorama autonómico sobre parejas de hecho y llega a la conclusión según la cual el Reglamento (UE) 2016/1104 sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas es de muy limitada operatividad en España.

En cuanto a las crisis matrimoniales tenemos pocos trabajos, todos ellos de gran interés. Así, M.^a Dolores Cervilla se ocupa de la eficacia del pacto sobre alimentos fuera del convenio regulador, tanto entre cónyuges, convivientes y excónyuges como los debidos a los hijos menores de edad, que no se contempla entre nosotros, pero encuentra apoyo en una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2018. Por otra parte, Manuel García Mayo estudia la validez de la cláusula *rebus sic stantibus* en los pactos prematrimoniales de renuncia anticipada a la pensión compensatoria que tiene apoyo también, una vez verificados sus requisitos, en la jurisprudencia reciente. Además, Marta Ordás lleva a cabo una atinada crítica a la doctrina jurisprudencial, que es extremadamente restrictiva, a la hora de interpretar el trabajo doméstico para el cálculo de la compensación en la extinción del régimen de separación de bienes, ya que la considera incompatible con la colaboración en actividades empresariales o profesionales, lo mismo que con la de los empleados domésticos o del otro cónyuge. Asimismo, Guillermo Cerdeira propone que en las crisis de pareja y a falta de acuerdo sobre la atribución de los animales domésticos, con ser seres sintientes, se les asimile a una pertenencia por destino de la vivienda familiar y se asignen junto con el uso de ella, pues se asegura así el bienestar del animal. Por último, Miguel Ángel Adame examina la atribución de los animales domésticos en la liquidación del régimen de participación que es el legal, a falta de pacto, en el Derecho norteamericano, cuya variada casuística oscila entre la consideración del animal como una propiedad de cosa mueble y la búsqueda del bienestar del mismo, incluso en los casos de grupos o parejas de animales.

Numerosos son, en cambio, los trabajos relativos al régimen primario y a la sociedad de gananciales, cuyo enunciado basta para percibir el interés del tema estudiado. Así, José Fernández Villa critica una sentencia de 2009 que deniega el carácter ganancial de los derechos legales conferidos al arrendatario de vivienda; Francisco Oliva estudia la ganancialidad voluntaria en la jurisprudencia reciente; Ana Laura Cabezuelo analiza las controversias sobre los gananciales en las cuentas bancarias y en el convenio regulador tras el divorcio; Manuel Rivera se ocupa de los actos de disposición en la sociedad de gananciales, tanto a título oneroso como gratuito, en especial de la vivienda familiar; Luis Felipe Ragel examina, con el rigor que le caracteriza, la deuda contraída por el cónyuge que fallece bajo el régimen de gananciales, los posibles continuadores del causante y las vicisitudes de la deuda en las sucesivas liquidaciones de los gananciales y de la comunidad hereditaria; José Luis Arjona se ocupa de la exoneración de ciertas deudas de los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales que han sido declarados en concurso por insolvencia sobrevenida; Ignacio Gallego estudia, en su importante aportación, el régimen de la atribución preferente al cónyuge titular de la explotación económica y del local profesional –posibles empresas familiares,

a su juicio— en la fase de liquidación de los gananciales, así como la eficacia del pacto de preferencias voluntarias al amparo de la autonomía privada; por fin, Fernando Moreno trata el levantamiento de las cargas del matrimonio como una cuestión de hecho, ajena al cargo del gasto por el pago de la deuda correspondiente, incluso por el uso de bienes no consumibles.

Finalmente, el último apartado del libro contiene los estudios concernientes a las relaciones parentales, filiación e instituciones tutelares. Ante todo, Manuel Espejo reflexiona detenidamente sobre casos judiciales relacionados con los alimentos y cuidados debidos a las personas mayores y pone de relieve que el alimentante puede repetir, una vez que cumple, contra los demás obligados a prestar alimentos, que hay disposiciones testamentarias que encierran verdaderos pactos sucesorios y que el contrato de vitalicio puede vulnerar en ocasiones las legítimas. Por otro lado, Francisco Rivero denuncia la revolución silenciosa que incide en la filiación por los avances científicos que permiten la doble maternidad, el reconocimiento de complacencia del hijo gestado por donante ajeno a la pareja, o el conocimiento exacto de los progenitores biológicos, con lo que surge un nuevo *tertium genus*, que se sitúa junto a la filiación por naturaleza y por adopción. Por su parte, Ángel López, en un denso e intenso trabajo, en el que revisita al cabo de medio siglo la posesión de estado familiar, estima que sigue siendo un título de estado que crea apariencia y confiere publicidad a la filiación en el tráfico, aparte de su eficacia probatoria, aunque se encuentra con la casa vacía, pues los viejos muebles han sido desechados, por diversas razones, tales como la privatización de las formas matrimoniales, la inaplicación de la posesión de estado a la convivencia de hecho y su aplicación a cuestiones de nacionalidad, o las pruebas biológicas, las cuales obligan a una revisión global de la figura. Además, Ángela Fernández Arévalo se opone al aborto eugenésico de fetos con síndrome de Down, que puede practicarse hasta catorce semanas después de las ocho habituales, porque choca frontalmente con la Convención de Nueva York sobre las personas con discapacidad, que conocemos, y obstaculiza también numerosas normas nacionales y acuerdos y recomendaciones internacionales que aconsejan, a su juicio, la vuelta al régimen común. Asimismo, José María de la Cuesta estudia dos Reglamentos comunitarios sobre la responsabilidad parental, entendida como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en relación con la persona y bienes de un menor, en particular los derechos de custodia y visita, que corresponde principalmente a los progenitores y adoptantes, y a los tutores, acogedores, curadores, guardadores de hecho, defensores judiciales, así como a los abuelos, de contenido tan amplio y variado como son las funciones de los distintos titulares, salvo los derechos de la personalidad del menor, el honor, la intimidad y la propia imagen, o bien la protección de los datos de carácter personal, y cuya nota común es la defensa de los intereses del menor. A continuación, Cecilia Gómez-Salvago se ocupa del administrador nombrado en testamento sobre bienes asignados por el causante y adjudicados en la partición al menor, con exclusión de sus padres, el régimen supletorio para la rendición de cuentas y el deslinde de sus funciones frente a las que conservan los titulares de la patria potestad. En seguida, Humberto Gosálbez examina pormenorizadamente el procedimiento administrativo de desamparo de menores en el Derecho propio de Andalucía. Por último, Margarita Castilla critica la sentencia de 10 de enero de 2018, que declara la anulabilidad de los actos de enajenación de inmuebles otorgados por el tutor sin la previa autorización judicial, fundamentalmente porque descansa en la analogía con las enajenaciones

hechas por los padres en representación de sus hijos menores, y a su juicio esta analogía es discutible por la temporalidad de la representación de los padres, que contrasta con la tendencial permanencia de los cargos tutelares para una mayor protección de la persona con discapacidad.

Tras esta apretada síntesis, es claro que estamos ante una obra de ostensible calidad científica, casi al nivel alto que exigen los conocidos trabajos de investigación publicados por el Profesor Clavería; comprende aportaciones variadas e importantes, algunas de relevancia teórica y otras de predominante interés práctico, y todas ellas encuadradas en el ámbito flexible del Derecho de familia reciente, con las novedades e inquietudes surgidas en los dos últimos decenios. En suma, es un libro sobre temas de actualidad de la materia estudiada cuya reposada lectura –con papel y lápiz en la mano: Vargas Llosa *dixit*– resulta francamente recomendable.

Carlos VATTIER FUENZALIDA
Catedrático emérito de Derecho civil
Universidad de Burgos