

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 85,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 25,00 € (más gastos de envío).

PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

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

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 111 40 00

Fax: 91 111 42 60

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXVIII, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2015

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2015

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

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

NIPO (AEBOE): 007-15-001-0
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología

ESTHER FARNÓS AMORÓS*

Profesora de Derecho civil
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

El presente trabajo constata la quiebra del concepto tradicional de filiación cuando ésta resulta del acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA). A partir del análisis de tres sentencias recientes de la Sala 1.ª del TS, concernientes al establecimiento de la filiación en dos parejas de mujeres y en una pareja de hombres, el trabajo concluye que las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la verdad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cual prevalece la voluntad, como es el derivado del recurso a la reproducción asistida. Ni la legislación estatal vigente ni los proyectos que de forma sorpresiva y disgregada pretenden introducir reformas en materia de filiación tienen en cuenta las particularidades que presenta la que resulta del acceso a la reproducción asistida y desconsideran, muy en particular, el peso que en ella tiene el elemento volitivo. En este contexto, los tribunales ofrecen soluciones casuísticas que comprometen seriamente la seguridad jurídica en una materia de suma importancia en el Derecho de familia. Frente a ello, y para proteger mejor el interés del menor, se impone la necesidad de separar entre filiación biológica y jurídica, no sin admitir que la primera todavía puede jugar un papel.

PALABRAS CLAVE

Filiación. Reproducción asistida. Fecundación heteróloga. Parejas del mismo sexo. Posesión de estado. Consentimiento. Proyecto parental.

* Agradezco al Prof. Antonio Manuel Morales Moreno el apoyo en la realización de este trabajo durante mi estancia en el Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (octubre 2013-octubre 2014), en el marco del grupo de investigación que él dirige, mediante un contrato postdoctoral convocado por la «Alianza 4 Universidades». A través del Prof. Morales Moreno quiero hacer extensivo mi agradecimiento a los compañeros de la UAM por su cálida acogida todo este tiempo.

ABSTRACT

This paper confirms the crisis in the traditional concept of parentage when it results from access to assisted reproductive technologies (ART). On the basis of an analysis of three recent rulings by the First Chamber of the Spanish Supreme Court concerning the legal determination of parentage in two lesbian and a gay couple, the paper concludes that the rules relating to the determination of parentage, which are based on biological truth, are not fit for purpose when applied to a system such as that resulting from access to ART, in which the predominant factor is individual will. Neither current state laws nor the projects aiming to introduce piecemeal and unexpected reforms to parentage take into account either the special features of parentage when it is the result of access to ART or, especially, the role of individual will. In this context, the courts' search for "ad hoc" solutions poses a serious threat to legal certainty in a highly important field of Family Law. In order to protect the interests of the child in a more efficient way it is necessary to separate between biological and legal parentage, acknowledging that biology still can play a role.

KEYWORDS

Parentage. Assisted reproduction. Heterologous fertilization. Same sex couples. Possession of status. Consent. Parental project.

SUMARIO: I. *Planteamiento: cambio social y cambio normativo.*—II. *Determinación de la doble maternidad derivada del acceso a reproducción asistida.* 1. Introducción. 2. Régimen jurídico. 2.1. Requisitos subjetivos. 2.2. Requisitos formales. 2.3. Requisitos temporales. 2.4. La imposibilidad de impugnar la filiación resultante. 3. La determinación de la doble maternidad ante el Tribunal Supremo. 3.1. Antecedentes. 3.2. La sentencia de 5 de diciembre de 2013. 3.3. La sentencia de 15 de enero de 2014. 4. Aproximación crítica a la doctrina del Tribunal Supremo.—III. *Determinación de la doble paternidad derivada del acceso a reproducción asistida.* 1. Punto de partida: nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución y «turismo reproductivo». 2. Tras la estela de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. 2.1. Antecedentes. 2.2. El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución. 2.2.1. El acierto en la metodología y el carácter más discutible de los argumentos de fondo. 2.2.2. Contrariedad al orden público internacional español. 2.2.3. Ausencia de discriminación respecto de las parejas de dos mujeres. 2.2.4. Interés del menor. 3. La gestación por sustitución en España tras la sentencia del Tribunal Supremo. 4. ¿Y después de *Menesson* y *Labassee c. Francia*?—IV. *Reflexiones finales.* 1. Necesidad de una reforma en profundidad. 2. La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología (en este orden).—V. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO: CAMBIO SOCIAL Y CAMBIO NORMATIVO

Cumplidos los treinta años del nacimiento en España del primer bebé concebido mediante fecundación *in vitro*¹, el recurso a las TRA es cada vez más frecuente. Así, en Cataluña, única CC. AA. que cuenta con datos oficiales, se estima que un 4,53% del total de nacidos vivos en 2012 fueron concebidos a partir del recurso a estas técnicas².

El punto de partida del presente trabajo es la inclusión de la filiación derivada del recurso a TRA dentro de la filiación por naturaleza, una de las dos clases de filiación que, junto con la adoptiva, contempla el Código civil español y, como él, la mayoría de códigos de nuestro entorno³. Sin embargo, el auge experimentado por las TRA y, muy en particular, su papel en la construcción de la «homoparentalidad», exigen replantear los conceptos tradicionalmente manejados en este contexto⁴. Los avances que las TRA hacen posibles llevan a cuestionar su inclusión tradicional en la filiación por naturaleza y a proponer, como ya se había insinuado incluso con motivo de la entrada en vigor de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE n.º 282, de 24 de noviembre), su regulación como una clase

¹ Victoria Ana nació el 12 de julio de 1984 en el Instituto Dexeus de Barcelona: *vid. VEIGA, A., El milagro de la vida. De la fecundación «in vitro» a las células madre*, RBA, Barcelona, 2011.

² Últimos datos publicados por el FIVCAT. NET del Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, actualizados en diciembre de 2014: *Estadística de la Reproducción Humana Asistida a Catalunya, 2012*, pp. 1-17, en p. 4.

³ Da cuenta de la inclusión de la filiación derivada del recurso a TRA dentro de la filiación por naturaleza, en el CCCat, GARCÍA VICENTE, J. R., «Comentari a l'art. 235-1», en EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J. (Dirs.); FARNÓS AMORÓS, E. (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convencionals d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 581-584, en pp. 582-583. Hay, no obstante, alguna excepción de nota, como el *Code civil du Québec* de 1991, cuyo título segundo regula separadamente la filiación por naturaleza, la derivada de TRA y la adoptiva. En Argentina, el Código civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994 (BO n.º 32.985, de 8.10.2014), también prevé una clasificación tripartita de la filiación (art. 558). En Francia existe una propuesta reciente de un grupo de trabajo presidido por la socióloga Irène Théry, a favor de dividir la filiación, única, en tres modalidades de establecimiento: por procreación (*engendrement par procréation*), por adopción y heteróloga (*engendrement avec tiers donneur*): *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère des affaires sociales et de la santé-Ministère délégué chargé de la famille, Paris, 2014, pp. 1-547, en p. 75 y ss. (*disponible on-line*).

⁴ *Vid. BENAVENTE MOREDA, P., «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», ADC, tomo LXIV, 2011, fasc. I, pp. 75-124; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LAMM, E., «Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual», La Ley (Buenos Aires-Argentina), n.º 1383, 20.9.2010; y mi trabajo «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos», *Derecho de Familia*, 49/2011, pp. 153-181.*

de filiación autónoma respecto de la filiación por naturaleza y la adoptiva⁵.

Las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la verdad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cual la procreación no tiene origen en la reproducción sexual y la filiación se determina por la voluntad, como es el derivado del recurso a las TRA. Si bien es cierto que esta clase de filiación puede tener una base biológica, extremo que en principio justificaría el recurso al esquema de la filiación por naturaleza, esta base no siempre tiene que existir respecto de ambos progenitores: piénsese, por ejemplo, en el recurso por pareja heterosexual a una técnica con material genético de donante masculino; o en el recurso a las TRA por una pareja de dos mujeres.

Los cambios acaecidos en los últimos años en la legislación estatal vigente⁶ y las importantes reformas llevadas a cabo en sede autonómica en materia de filiación⁷, además de tres sentencias recientes de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en las que se plantea la determinación de la doble maternidad o la doble paternidad derivada del recurso a TRA, permiten constatar la inadecuación de las reglas de la filiación por naturaleza y la importancia del elemento volitivo en este contexto. Ello permite enfatizar, una vez más, la autonomía de la filiación derivada del recurso a las TRA.

El trabajo se centra en el análisis de la legislación estatal vigente o de inminente entrada en vigor, que se confronta con la autonómica allí donde existe⁸ y con los tres casos resueltos recientemente

⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», en AA. VV., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso Mundial Vasco)*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 141-170.

⁶ Las reformas más relevantes, de las cuales da buena cuenta BENAVENTE MOREDA («La filiación...», cit.), tuvieron lugar con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE n.º 157, de 2 de julio), y con la reforma introducida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE n.º 126, de 27 de mayo) por la DA 1.^a de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE n.º 65, de 16 de marzo), que adicionó un tercer apartado a su artículo 7, permitiendo determinar la maternidad a favor de dos mujeres «casadas» entre ellas.

⁷ Por cuestiones competenciales (art. 149.1.8.^a CE), las más importantes tuvieron lugar en Cataluña cuando, vigente el Código de Familia (CF), con la aprobación de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (DOGC n.º 5175, de 17 de julio), el legislador catalán aprovechó para modificar los artículos 92 y 97 CF, en el sentido de permitir la determinación de la doble maternidad a favor de dos mujeres, casadas o no, si mediaba el consentimiento expreso de la cónyuge o mujer en un documento extendido ante un centro autorizado o en documento público. Con la entrada en vigor de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC n.º 5686, de 5 de agosto), estas normas pasaron a integrar el Código (art. 235-8.1 y 235-13.1).

⁸ La filiación en general, salvo la adoptiva, no ha sido objeto de atención por el legislador autonómico. A excepción de la legislación catalana, que es objeto de análisis

por el Tribunal Supremo. A su vez, da noticia de dos proyectos legislativos que, a partir de leyes que en principio nada tienen que ver con la materia, pretenden introducir importantes (y disgregadas) reformas en materia de filiación. Uno de estos proyectos tiene por objeto la reforma, en materia de gestación por sustitución (GS), de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE n.º 175, de 22 de julio), cuya completa entrada en vigor se prevé el 15 de julio de 2015⁹. Esta situación queda lejos de la reivindicada reforma en profundidad de la normativa del Código civil en materia de filiación¹⁰. Nos hallamos, en definitiva, ante una materia en la cual la afirmación de que el cambio social es estímulo del cambio normativo resulta especialmente cierta¹¹.

II. DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD DERIVADA DEL ACCESO A REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. INTRODUCCIÓN

La posibilidad que ofrecen las TRA de disociar la maternidad en tres elementos (genético, gestacional y volitivo), que pueden no coincidir en la misma mujer, ha aportado complejidad a una cuestión en principio pacífica y ha planteado nuevos retos al legislador y al intérprete del derecho¹². Esta cuestión ha abierto

sis a lo largo del trabajo, solo existen normas relativas a la determinación de la filiación en el ordenamiento navarro pero ninguna de ellas contempla la derivada del recurso a TRA.

⁹ La DF 10.^a de la NLRC establecía que su entrada en vigor tendría lugar a los tres años de su publicación, esto es el 22.7.2014, excepto las DDAA 7.^a y 8.^a y las DDFD 3.^a y 6.^a, que lo hicieron el 23.7.2011. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en la DA 19.^a del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia (BOE n.º 163, de 5 de julio), su entrada en vigor fue aplazada.

¹⁰ Al respecto, me remito a las referencias citadas en la nota 122 de este trabajo.

¹¹ Es precisamente el cambio social, que impide la estabilidad de las normas de tipo más o menos reglamentario, lo que en Derecho de familia imposibilita actuar con soluciones cerradas: ROCA I TRIAS, E., *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 237. En este ámbito «(...) los cambios normativos no surgen de manera espontánea, ni se deben exclusivamente a la iniciativa del legislador, sino a la presión de los colectivos sociales que con su acción logran inducir la voluntad política para que tales cambios se operen (...)»: *vid.* VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 293. Si bien la autora se refiere al particular impulso de las mujeres en estos cambios, en el tema aquí objeto de estudio es esencial el papel que en los últimos años han desempeñado las asociaciones de familias, en especial las homoparentales.

¹² Desde el punto de vista terminológico, el trabajo distingue entre «madre genética», «madre gestacional» y «madre comitente o de intención»: mientras que la primera es la mujer que aporta los óvulos, la segunda es la que lleva a cabo la gestación y el parto, y la tercera la que planifica traer a un niño al mundo y asume el rol de

un debate, relativamente reciente y a menudo planteado con ocasión de una crisis de pareja entre dos mujeres, sobre los criterios que deben permitir determinar la filiación también a favor de la no gestante.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

2.1 Requisitos subjetivos

La entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE n.º 157, de 2 de julio), admitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, proyecta sobre la filiación nuevas dudas y problemas. En este contexto, la adición, en 2007, de un tercer apartado en el artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE n.º 126, de 27 de mayo), se percibe como un motivo novedoso de quiebra entre la filiación biológica y la legal¹³, además de como un primer paso hacia la consolidación del consentimiento como título autónomo para la determinación de la filiación derivada del recurso a las TRA¹⁴. Sin embargo, se trata tan solo de un tímido primer paso¹⁵.

Pese a que la introducción de un tercer apartado en el artículo 7 LTRHA permitió acallar las voces de los que consideraban que, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, la LTRHA discriminaba por omisión a las parejas del mismo sexo, la reforma ha sido criticada tanto desde el punto de vista de la técnica legislativa emplea-

madre. Si bien todos estos elementos (o, al menos, dos de ellos) acostumbran a coincidir en una misma mujer, las TRA facilitan su disociación hasta el punto de que ya pueden concurrir en tres mujeres distintas. Aunque de acuerdo con la legislación vigente es irrelevante, a los efectos de determinar la filiación, la mujer que tan solo aporta el óvulo (arts. 5.5 y 8.3, en relación con el artículo 10.2 LTRHA), este extremo resulta problemático cuando, como se verá, esta mujer no puede ser considerada como una mera donante.

¹³ BARBER CÁRCAMO, R., «Nuevos retos ante el derecho español de filiación», *RDP*, julio-agosto 2009, pp. 3-47, en p. 6.

¹⁴ INIESTA DELGADO, J. J., «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, T-V, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 735-860, en pp. 802-803.

¹⁵ En palabras de NANCLARES VALLE, «Precisamente el gran error del legislador en materia de reproducción asistida es no establecer un nuevo título de constitución (un nuevo fundamento constitutivo), sino pretender establecer un nuevo medio de determinación legal o adaptarse a los ya existentes»: «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 7/2008 (BIB 2008/578), pp. 735-860, en pp. 1-22, en p. 20.

da¹⁶, como desde el punto de vista sustantivo¹⁷. En relación con este último, las críticas se han centrado en que para las parejas de dos mujeres el precepto establece un régimen de acceso a la filiación derivada del recurso a TRA diferente del que opera respecto de una pareja heterosexual¹⁸ y, muy en particular, en que esta vía de acceso se limita a las parejas de dos mujeres *casadas*¹⁹.

¹⁶ Así, la reforma afectaba una ley que no había cumplido un año de vigencia, aprovechaba una ley cuya relación con la LTRHA era más bien difusa y durante la tramitación parlamentaria de la LTRHA se ignoraron las enmiendas que ya habían propuesto modificar este extremo: VERDERA SERVER, R., «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO GÓMEZ, J. A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J. J. (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 211-304, en pp. 215-217; LLOVERAS FERRER, M., «Una ley civil para la transexualidad», *InDret*, 1/2008, pp. 1-16, en pp. 14-15; TOMÁS MARTÍNEZ, G., «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil», *Actualidad Civil*, 7/2010 (LA LEY 1796/2010), pp. 1-27, en pp. 2 y 4; e INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, pp. 750 y 801. Especialmente crítica se muestra BENAVENTE MOREDA, «La filiación...», cit., pp. 87 y ss.

¹⁷ Dejo a un lado, porque me parecen superadas, las críticas de base al precepto: *vid.* ARECHEDERRA, L., «Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la ley. La doble vertiente del principio constitucional de libre investigación de la paternidad», en Díez-PICAZO, L. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. I, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 371-386. Este autor llega a afirmar (p. 385) que el artículo 7.3 LTRHA es inconstitucional.

¹⁸ Si bien la diferente redacción de los artículos 6.3 y 7.3 se justifica, de entrada, por el juego de la presunción de paternidad en los matrimonios heterosexuales (art. 116 CC), la distinción ha sido objeto de críticas: *vid.* SERNA MEROÑO, E., «Comentario al artículo 6», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., pp. 179-210, en p. 207; TOMÁS MARTÍNEZ, «El consentimiento...», cit., p. 12; y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «La feminización del derecho privado y las técnicas de reproducción asistida», en LÓPEZ DE LA CRUZ, L.; OTERO CRESPO, M. (Coords.); GARCÍA RUBIO, M. P.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dir.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 681-693, en p. 691.

¹⁹ *Cfr.* artículo 7.3 con artículo 8.2 LTRHA, en relación con las parejas heterosexuales no casadas, y también con los artículos 235-8.1 y 235-13.1 CCCat, que permiten determinar la filiación respectivamente respecto del «cónyuge» o del «hombre o la mujer» que presta su consentimiento a la fecundación asistida de la esposa o madre. Crítico la exigencia de matrimonio, y las consecuencias que produce especialmente en las CC. AA. donde no está permitida la adopción por parejas del mismo sexo, en mi trabajo «Acceso...», cit., pp. 157 y ss. Son muchos los autores que se han mostrado a favor de su extensión a las parejas de dos mujeres no casadas: ZURITA MARTÍN, I., «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres», *La Ley*, n.º 6427, 22.2.2006, pp. 1-6; VERDERA SERVER, «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., p. 285; NANCLARES VALLE, «Reproducción asistida...», cit., p. 12; ALES URÍA ACEVEDO, M. M., *El derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 228; y TAMAYO HAYA, S., «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas», *Revista Digital Facultad de Derecho UNED*, 6/2013, pp. 261-316, en p. 280. Para algún autor esta extensión ya es posible por analogía: *vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida», *DPC*, 21/2007, pp. 75-129, en pp. 106 y ss.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «La “comaternidad”: matrimonio entre mujeres y filiación» y NIETO ALONSO, A., «El poder de autodeterminación de la mujer desde la perspectiva de los derechos de la salud sexual y reproductiva (anticoncepción de urgencia, interrupción voluntaria del embarazo [IVE] y reproducción humana asistida)», ambos en LÓPEZ; OTERO (Coords.); GARCÍA; VALPUESTA (Dir.), *El levantamiento del velo...*, cit., pp. 423-450, en pp. 447 y 672; y JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., «Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de

Con el nuevo título de determinación legal de la maternidad que incorpora el artículo 7.3 LTRHA el legislador estatal da entrada a una filiación materna que no es en puridad filiación por naturaleza ni adoptiva²⁰. No se trata propiamente de un reconocimiento, puesto que no requiere consentimientos complementarios al de la mujer «reconocedora», no es posterior al nacimiento y, lo más importante, no cabe su impugnación ante la falta de correspondencia con la verdad biológica²¹.

2.2 Requisitos formales

El artículo 7.3 LTRHA requiere una manifestación ante el Encargado del RC del domicilio conyugal, por la que la mujer consienta en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. La exigencia de esta forma solemne se justifica en que, a diferencia del consentimiento del marido, no puede operar respecto de dos mujeres presunción alguna de filiación. Dicha presunción no se basa en quien es progenitor, sino en quien tiene más probabilidades de serlo. Por tanto, no necesariamente existe una base biológica, aunque en las parejas heterosexuales sea precisamente su posible existencia lo que justifica el juego de la presunción. En este punto podría plantearse, sobre todo en interés del futuro nacido a que tenga una doble filiación determinada, por qué un sistema basado en el consentimiento no podría ser desplazado por uno basado en el juego de la presunción de filiación, como sucede en los matrimonios heterosexuales (art. 6.3 LTRHA, en relación con arts. 7.1 LTRHA y 116 CC). La necesidad biológica, en las parejas del mismo sexo, de que una persona ajena a la pareja y de distinto sexo aporte sus gametos para la fecundación desaconseja, de entrada, el recurso a un sistema basado en presunciones pues, como sucede en las parejas heterosexuales que

parejas del mismo sexo», *Actualidad Civil*, 7-8/2014, pp. 1-26, en p. 6. No aprecia discriminación, en cambio, BARBER CÁRCAMO: *La filiación en España. Una visión crítica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 138, y «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *DPC*, 28/2014, pp. 93-136, en pp. 104-105.

²⁰ Pese a ello, BARBER CÁRCAMO se ha mostrado especialmente crítica con el precepto por ubicar «la filiación natural en el terreno de lo imposible»: *La filiación...*, cit., pp. 134-135. Para esta autora, la introducción en nuestro Derecho de la doble maternidad por naturaleza es tan artificial y difícil de encajar en nuestro sistema, por ajena a cualquiera de sus principios, que no resiste el mínimo análisis de técnica jurídica. *Vid.*, más recientemente, su trabajo «Doble maternidad legal...», cit., pp. 103 y ss.

²¹ Así, a diferencia del reconocimiento, no nos encontramos ante una declaración de ciencia, sino ante una declaración de voluntad: NANCLARES VALLE, «Reproducción asistida...», cit., p. 12. En el reconocimiento la voluntad es tan solo un plus añadido a la declaración de ciencia: *vid.* QUICIOS MOLINA, S., *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 29-31. *Vid.* también los argumentos de BARBER CÁRCAMO, «Doble maternidad legal...», cit., pp. 112-113.

recurren a la fecundación heteróloga o con gametos de donante, la filiación resulta de una ficción legal²². En estas circunstancias, el consentimiento es el único elemento que «crea» la filiación. Una vez otorgado, el mismo es vinculante, a diferencia de lo que sucede con un sistema de presunciones, susceptible de destrucción si se prueba la ausencia de base biológica.

Admitido un sistema de determinación de la filiación basado en el consentimiento, la limitación de la forma a la declaración registral no encuentra justificación, en tanto que ésta solo es relevante a efectos de publicidad y es el consentimiento, la expresión de la voluntad, lo que «crea» la filiación en este contexto. Además de la declaración registral existen otras formas susceptibles de probar la existencia del consentimiento, como el documento público o el formalizado en el centro de reproducción asistida. Ante el problema de calificar consentimientos a una segunda maternidad expresados en documentos públicos notariales (por ejemplo, emitidos después del nacimiento) como eficaces títulos de determinación extrajudicial de la maternidad, se defiende una interpretación no excluyente del precepto²³. De ahí que también deba plantearse la oportunidad de otorgar eficacia al consentimiento más habitual en la práctica, que es el expresado ante el centro de reproducción asistida por la pareja de la receptora de las TRA²⁴. Su facilidad probatoria no

²² El Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro segundo del Código civil de Cataluña, lo plasma en los términos siguientes: «(...) Evidentemente, la maternidad derivada del mero consentimiento para la procreación asistida de su esposa o compañera no es una maternidad biológica, por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal. Sin embargo, eso no es ninguna novedad en el ordenamiento jurídico catalán. Se da en la paternidad del hombre, casado o no, que presta el consentimiento para la procreación asistida de su esposa o pareja estable. Por este motivo, se ha creído oportuno no incorporar una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación y se ha optado por asimilarla, en cuanto al tratamiento legal, a la paternidad del hombre que consiente la fecundación asistida, dado que en ambas el título de atribución es el consentimiento, y no la relación biológica. (...)».

²³ QUICIOS MOLINA, S., «¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz a un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida?», *CCJC*, 95/2014, pp. 609-630, en pp. 624-625.

²⁴ En esta línea se manifiestan TOMÁS MARTÍNEZ, «El consentimiento...», cit., p. 11; y JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., «Los problemas...», cit., p. 3. Ésta es también la línea que inspira los artículos 235-8.1 y 235-13.1 CCCat, precedidos por la jurisprudencia que interpretó los requisitos más estrictos del derogado Código de Familia, que en su versión original exigía que el consentimiento se plasmara en escritura pública (art. 92.1 CF), en el sentido de que el requisito de forma no es constitutivo, sino probatorio: *vid.* las SSTSJ de 27.9.2007 (RJ 8520) y 22.12.2008 (JUR 2009/295671), y la SAP de Barcelona de 19.11.2012 (JUR 2013/31747), que impidieron que prosperara la acción de impugnación interpuesta por el marido, en el primer caso; por la mujer, en el segundo; y por el hermano del difunto conviviente, en el tercero; al existir consentimiento prestado en el centro sanitario, aunque el mismo no se hubiera formalizado de acuerdo con la legislación entonces vigente. En este momento, un autor ya criticó la exigencia de escritura pública por no tratarse del procedimiento habitual para la realización de este tipo de técnicas en los centros de reproducción asistida: VERDERA SERVER, «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.);

debería plantear mayores problemas y, a su vez, la certeza del contenido de que estos documentos dan noticia beneficiaría al menor cuya filiación fue asumida ante el centro, impidiendo a quien otorgó el consentimiento retractarse y posibilitando a quien consintió reclamar su filiación. El Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOCG n.º 101-1, de 23 de junio de 2014), que modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (NLRC) en lo que se refiere a la inscripción del nacimiento y de la filiación, permite que la declaración del artículo 7.3 LTRHA se lleve a cabo en el centro, aunque se refiere al centro hospitalario en el cual ha tenido lugar el nacimiento. Esta opción, como expondré en el apartado siguiente, me parece discutible.

En último término, los tribunales, cuando se enfrentan a este tipo de litigios, acaban tomando en consideración criterios tales como si la pareja accedió al tratamiento conjuntamente, en el marco de un proyecto parental común²⁵. Con dicha noción, se alude a la iniciativa dirigida a tener descendencia que emprenden dos personas a partir del acceso a las TRA, con independencia de su contribución genética a las mismas²⁶. Este criterio se cumple sobradamente cuando en una pareja de dos mujeres, una aporta los

INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., p. 236. De acuerdo con el mismo autor, en la nueva regulación de la filiación en el Derecho civil catalán y conforme con el artículo 235-3 CCCat, la determinación de la filiación en estos casos se produce con el consentimiento, no con estos documentos: «La filiació en el dret català: de la Compilació al Codi Civil», *RJC*, 4/2010, pp. 103-125, en pp. 118-119.

²⁵ «Treatment together» en la terminología de los tribunales británicos: *vid. Re: B (Parentage)* [1996] 2 FLR 15, sobre solicitud de pensión alimenticia a favor de dos mellizos, formulada por la madre contra su ex pareja y padre genético de los niños. En la fase final de la relación de pareja el hombre acompañó a la mujer al centro y aportó el esperma con el que ésta fue inseminada unos meses después, una vez disuelta la relación. Si bien el hombre inicialmente aceptó constar como padre de los menores en los certificados de nacimiento, se opuso a pagar los alimentos que la mujer reclamaba, alegando que había aportado el esperma para la realización de la TRA como un «favor casual». El tribunal, en aplicación de la legislación británica, consideró que el hombre no era un mero donante y otorgó una especial relevancia a que el acceso al centro y al tratamiento se llevó a cabo en calidad de pareja («receiving services treatment together»), en el marco de una iniciativa conjunta.

En España, además de los casos citados en la nota anterior, *vid.* la SAP de La Coruña, 4.ª, de 15.2.2006 (JUR 84103). La AP estimó la acción de reclamación de paternidad ejercitada por el padre biológico que accedió a la técnica junto con la madre y prestó su consentimiento en el centro, aunque no lo hiciera en la forma requerida por el artículo 8.2 LTRHA respecto del hombre no casado con la madre. La AP otorgó primacía al acceso conjunto y consensuado al centro, a la relación afectiva de las partes durante el embarazo y tras el nacimiento, y al vínculo genético existente entre el hombre y los mellizos que nacieron tras la aplicación de la TRA. *Vid.* también en este punto mi monografía *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 128-132.

²⁶ Desarrollo este concepto, que incorporan legislaciones como la francesa, la belga o la quebequense, en mi trabajo *Consentimiento a la reproducción asistida...*, cit., p. 23.

gametos (madre genética), que son fecundados con espermatozoides de donante e implantados a la otra (madre gestacional)²⁷.

2.3 Requisitos temporales

Muchas de las críticas vertidas contra el artículo 7.3 LTRHA se centran en los problemas interpretativos que plantea el momento de prestación del consentimiento²⁸. De su redacción se cuestiona, muy en particular, la restricción temporal de la posibilidad de aceptar una maternidad no biológica a un momento anterior al nacimiento del hijo y no a la aplicación de las TRA²⁹.

Aunque la norma parece referirse al ya concebido («cuando nazca el hijo de su cónyuge»), la exigencia legal de que el consentimiento sea previo al nacimiento plantea si no sería mejor un consentimiento anterior a la fecundación, lo que sería más coherente con la noción de proyecto parental inherente a la filiación derivada de TRA, ya tenga su origen en una pareja heterosexual u homosexual y con independencia del vínculo biológico³⁰. Aunque la respuesta, a juzgar por la práctica de las oficinas registrales espa-

²⁷ Esta técnica, que se conoce como ROPA («Recepción de Óvulos de la Pareja»), permite a ambas mujeres participar más activamente en la procreación. Pese a las reticencias iniciales de los centros españoles, puesto que todavía no se contempla en el anexo de la LTRHA, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, mediante Dictamen de 4 de diciembre de 2008, se mostró favorable a su admisión: para más información al respecto, *vid.* mi trabajo «Acceso...», cit., pp. 161-162.

²⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 10/2014 pp. 1-9, en pp. 5-7 (BIB 2014/244).

²⁹ No se ve por qué limitar temporalmente la determinación de una filiación que se sabe, con la tolerancia legal, que es de origen puramente voluntario: NANCLARES VALLE, «Reproducción asistida...», cit., p. 11.

La exigencia de consentimiento previo al nacimiento y no a la fecundación, por el artículo 7.3 LTRHA, es una de las razones por las cuales BARBER CÁRCAMO (*La filiación...*, cit., p. 133) califica el precepto de «estrambótico». El mismo todavía se entiende menos si tenemos en cuenta que los Registros Civiles ya facilitan a las mujeres que quieren expresar su consentimiento a la filiación en estas circunstancias unos documentos acreditativos del consentimiento previo a la aplicación de la técnica en el centro médico: *vid.* TOMÁS MARTÍNEZ, «El consentimiento...», cit., pp. 7-9 y 11. En esta misma línea, respecto del artículo 8.1 LTRHA (consentimiento a la fecundación heteróloga en matrimonio heterosexual) son varios los autores que entienden que debe darse tanta o más trascendencia al consentimiento expresado con posterioridad a la aplicación de las TRA (incluso con posterioridad al nacimiento), puesto que el consentimiento posterior ya no opera sobre posibilidades, sino sobre realidades y, consiguientemente, la aceptación de las consecuencias de las TRA resulta manifiesta: VERDERA SERVER, R., «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., p. 280; e INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dirs.), *Tratado...*, cit., T-V, p. 772.

³⁰ En cambio, la consideran coherente QUICIOS MOLINA, «¿Cómo puede determinarse...», cit., pp. 24-25; y DÍAZ MARTÍNEZ, «La doble maternidad...», cit., p. 83. Para la última esta exigencia excluye que nos hallemos ante un reconocimiento, con lo cual se evita una posible impugnación.

ñolas, es negativa³¹, considero que la exigencia de un consentimiento previo a la fecundación, que normalmente se expresará en el mismo centro de reproducción asistida, es la que tiene un mejor encaje con esta noción³².

Las dudas interpretativas que plantea el artículo 7.3 LTRHA no acaban ahí, y se traducen en la inseguridad jurídica motivada por prácticas registrales no uniformes en lo que se refiere a los requisitos que se exigen *de facto* a las mujeres no gestantes en parejas casadas de dos mujeres para determinar la maternidad: así, mientras que algunos registros aplican estrictamente la ley y exigen su comparecencia formal antes del parto y, en caso contrario, remiten a la adopción, otros registros admiten que esta declaración se realice una vez nacido el hijo, en el momento en que se le inscribe en el RC³³. Precisamente, frente al sorprendente silencio que guarda en materia de filiación la NLRC, el citado Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil introduce en la misma un nuevo artículo 44.5 que, a su vez, modifica el artículo 7.3 LTRHA y permite a la mujer *casada* con otra mujer consentir a la filiación derivada del recurso a TRA respecto del hijo *ya nacido*. Si bien se mantiene el requisito del matrimonio entre las dos mujeres, se abandona el del consentimiento previo al nacimiento y posterior a la fecundación. La posibilidad de consentir la filiación respecto de un ya nacido, además de asimilar el consentimiento a un reconocimiento, tampoco guarda coherencia con la planificación de la procreación y la existencia de un proyecto parental previo al nacimiento, que es inherente a la filiación derivada del recurso a las TRA y que protege el interés del menor desde el mismo día de su nacimiento.

2.4 La imposibilidad de impugnar la filiación resultante

Aunque la LTRHA no lo prevé expresamente, la consecuencia principal de la determinación de la filiación materna en los térmi-

³¹ INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, p. 808.

³² Esta es la opción que sigue el legislador catalán en los artículos 235-8.1 y 235-13.1 CCCat, y es la que parece inspirar al informe francés *Filiation, origines, parentalité...* (cit., pp. 162, 176 y ss.), que prevé las llamadas «declaraciones comunes anticipadas de filiación» (*déclaration commune anticipée de filiation*) ante notario o autoridad judicial, respecto de las TRA heterólogas.

³³ Denuncian esta situación TOMÁS MARTÍNEZ, «El consentimiento...», cit., pp. 7-10; e INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, p. 854.

nos del artículo 7.3 es su inimpugnabilidad³⁴. A partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 se impone una interpretación amplia del artículo 8.1 LTRHA, que sí declara expresamente que ni la mujer progenitora ni el marido podrán impugnar la filiación resultante del acceso a las TRA realizadas conforme con los requisitos legales. Mediante una interpretación extensiva del citado artículo 8.1, la SAP, 4.^a, de Islas Baleares, de 31 de marzo de 2014 (AC 654), impidió que prosperara una demanda de impugnación de la filiación matrimonial ejercitada por la madre gestacional contra quien había sido su esposa y había consentido a la filiación del menor en los términos del artículo 7.3 LTRHA. Según la AP, «(...) esta reforma se hizo sin atender a otros aspectos que están en íntima relación con el matrimonio, como es el régimen legal de la filiación, en el que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para parejas heterosexuales, sin mencionar las homosexuales en que una de las personas no interviene en la fecundación (...)» (FD 2.2). Sorprende que el mencionado Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil que, entre otras normas reforma el artículo 7.3 LTRHA, no aproveche para modificar el alcance del artículo 8.1 LTRHA, que mantiene intacta la referencia obsoleta al «marido» en sede de inimpugnabilidad de la filiación³⁵.

De acuerdo con una lectura en sentido contrario del artículo 7.3 LTRHA, si pese a faltar el consentimiento o no expresarse el mismo en los términos legales se acaba determinando la filiación, ésta debería poder ser impugnada. El cauce adecuado para llegar a este resultado debería ser el artículo 138 CC o el artículo 141 CC, puesto que al no existir ley especial aplicable al efecto, puede operar aquí la remisión del artículo 7.1 LTRHA a las leyes civiles³⁶. Los artícu-

³⁴ Para algún autor, el hijo sí tendría acción: *vid.* NANCLARES VALLE, «Reproducción asistida...», cit., p. 15; y BARBER CÁRCAMO: «Reproducción asistida y determinación de la filiación» *REDUR*, 8/2010, ..., p. 35; *La filiación...*, cit., pp. 136-137. Esta última se basa en la dicción literal del artículo 8.1 LTRHA, que solo impide la impugnación a la «mujer progenitora» y al «marido», y en el laconismo del artículo 7.3, que impediría imponer al hijo «una filiación manifiestamente falsa por imposible». En mi opinión, esta solución es incoherente con el principio de determinación de la filiación por la voluntad, elemento básico en la derivada del acceso a TRA, puesto que ésta no siempre se basa exclusivamente en la biología. También en contra de la legitimación a favor del hijo, en estas circunstancias, a partir de la estabilidad de la filiación, se pronuncia DÍAZ MARTÍNEZ, «La doble maternidad...», cit., pp. 90-91.

³⁵ «Ni la mujer progenitora *ni el marido*, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.»

³⁶ Llega a la misma conclusión BARBER CÁRCAMO, «Doble maternidad legal...», cit., p. 124. Para esta autora, pese a no constituir un verdadero reconocimiento, su origen voluntario sí permite aquí, por igualdad de razón, el recurso a la analogía.

los 138 y 141 CC permiten impugnar el reconocimiento que determine, respectivamente, una filiación matrimonial o no matrimonial, siempre que el mismo se haya realizado con vicios del consentimiento. Si bien ninguno de estos preceptos piensa en la posible filiación resultante del acceso a TRA, que sí contempla la nueva regulación catalana (art. 235-27.3 CCCat), en ausencia de una norma *ad hoc* en la legislación especial, las previsiones de los artículos 138 y 141 CC deberían poder ser extensibles a estos supuestos. Ahora bien, al tener su origen en un vicio del consentimiento, el único legitimado para impugnar es quien lo otorgó (art. 235-27.1 CCCat y 141 CC). Si es de aplicación el Código civil el plazo para el ejercicio de la acción es de un año a contar desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento (art. 141 CC), mientras que si resulta de aplicación el derecho civil catalán este plazo será de dos años desde el otorgamiento del reconocimiento bajo error o, en el resto de casos, desde que cesa el vicio (art. 235-27.2 CCCat).

Aunque a diferencia de la impugnación de la posible filiación resultante, la impugnación del reconocimiento ejercitada en plazo y con legitimación debería prosperar aunque existiera vínculo genético entre quien impugna y el nacido, debe tenerse en cuenta el rol que desempeña la voluntad en la filiación derivada del recurso a TRA. Así, aunque la voluntad, expresada a través del consentimiento, tiene un papel esencial en la determinación de la filiación derivada del recurso a las TRA, el elemento genético –de existir– no puede ser totalmente irrelevante. Además, en la mayoría de ocasiones, si existe vínculo genético entre la mujer no gestante y el nacido es porque, con toda probabilidad, ésta consintió (cuanto menos, tácitamente) a la TRA y a la posible filiación resultante, lo que excluye la impugnación, tanto de la filiación como del «reconocimiento» realizado concurriendo vicios. Permitir que prospere una acción de impugnación en estas circunstancias resultaría contrario al principio de buena fe en el ejercicio de los derechos. Aunque la LTRHA no prevé esta situación, ni mucho menos la consecuencia aplicable, son muchas las voces que proponen esta solución en el marco de las parejas heterosexuales³⁷, solución que a mi modo de ver también debería hacerse extensible a las parejas de dos mujeres cuando la no gestante aportó sus óvulos para la fecundación. Esta es la línea seguida por la nueva regulación catalana en materia de filiación, cuyo artículo 235-28.2

³⁷ INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, en p. 763. Vigente la LTRA, en el mismo sentido, *vid.* FÁBREGA RUIZ, C. F., *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1999, pp. 129 y 134.

CCCat dispone que «Si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación de acuerdo con los artículos 235-8 o 235-13, y *tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo*». Entiendo, a partir de una interpretación conforme con los artículos 235-8.1 y 235-13.1, que admiten la determinación de la filiación a favor de parejas de dos mujeres, casadas o no, que este precepto también les resulta aplicable³⁸.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

3.1 Antecedentes

Donde mejor se observa la falta de correspondencia entre las normas basadas en la verdad biológica y en el consentimiento a las TRA para asumir una filiación que en principio por naturaleza no corresponde, es en sede de doble maternidad³⁹. Las dos sentencias que se comentan a continuación, de 5 de diciembre de 2013 (RJ 7566) y 15 de enero de 2014 (RJ 1265), son las primeras en las que el TS otorga valor a un consentimiento procreacional a las TRA no expresado en los términos del artículo 7.3 LTRHA respecto de la mujer casada con la madre. En ambos casos el TS permitió que prosperara una acción de reclamación de la filiación ejercitada por la ex pareja de la madre, basada en la existencia de posesión de estado.

Con anterioridad, en el caso resuelto por la sentencia de 12 de mayo de 2011 (RJ 3280), el TS tan solo había tenido oportunidad de pronunciarse sobre una solicitud de relaciones personales con un menor por parte de la ex compañera de la madre. El TS resolvió favorablemente tal solicitud y concedió a la actora, en calidad de «allegada» del artículo 160. II CC y en interés del menor, un amplio régimen de visitas, sin entrar a discutir sobre la filiación, que no formaba parte del *petitum*⁴⁰.

³⁸ Vid. mi comentario a los artículos 235-27 y 235-28, en EGEA; FERRER (Dir.); FARNÓS (Coord.), *Comentari al llibre segon...*, cit., pp. 660-674, en pp. 664 y 673-674. Fundada en la novedad que introduce este último inciso de la norma, concluyo que si bien el consentimiento es un criterio relevante para la determinación de la filiación derivada del recurso a TRA, no es el único. Vid. también VERDERA SERVER, «La filiación...», cit., p. 120.

³⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, «Acción de reclamación...», cit., pp. 1-9.

⁴⁰ Para una crítica a la sentencia, que insiste en no llamar «madre» a la ex compañera de la madre pero que *de facto* le acaba concediendo un régimen de relaciones personales más propio del progenitor no custodio, vid. el comentario de DÍAZ MARTÍNEZ, A., en CCJC, 88/2012, pp. 425-449.

Este aspecto sí fue abordado, en cambio, en un proceso posterior, que se resolvió finalmente por la STS de 15 de enero de 2014, que será objeto de análisis. Pese a que lo solicitado era un régimen de relaciones personales con el menor, la AP de Toledo, 1.^a, de 22 de abril de 2008 (JUR 331973), que precedió a la mencionada STS de 12 de mayo de 2011, ya insinuó la posibilidad de ejercitar una acción de reclamación judicial de la maternidad por la mujer no gestante: «(...) el hecho de que legalmente la demandante no sea la madre del menor por el momento, hasta que ejercite las correspondientes acciones de reclamación de la filiación no matrimonial conforme al artículo 131 y concordantes del Código Civil, lo que entendemos eventualmente posible habida cuenta en la constante posesión de estado existente en el caso presente, indicativa de la misma, (...) no significa que se haya de suprimir el derecho de visitas (...) Lo relevante no es que María Ángeles se sienta madre del menor y tenga además derecho a reclamar legalmente el establecimiento de dicha situación, sino que el menor siente que María Ángeles es su madre y así la ha tratado desde siempre.» (FD 2). Sí que tenía por objeto la filiación el caso que dio lugar a la STS, 1.^a, de 18 de enero de 2012 (RJ 1788). En el mismo, la demandante, separada de la madre en 2006, reclamaba la filiación, con base en el artículo 7.3 LTRHA, alegando que en el momento del nacimiento de la menor cuya filiación pretendía (2003) no era posible el matrimonio entre dos mujeres, lo que discriminaba a los hijos nacidos en parejas de dos mujeres no casadas. Sin embargo, una razón procesal (el recurso de casación no se fundamentaba en la lesión de ningún derecho fundamental) evitó un pronunciamiento sobre el fondo.

3.2 La sentencia de 5 de diciembre de 2013

La STS, 1.^a, de 5 de diciembre de 2013⁴¹, encuentra su fundamento en lo que vendría a ser una acción de reclamación de la filiación matrimonial ejercitada por posesión de estado (art. 131 CC) por la ex cónyuge de la madre respecto de dos gemelas concebidas mediante fecundación *in vitro* el día 16 de marzo de 2007, previo consentimiento informado de las entonces convivientes. Las mujeres, que contrajeron matrimonio en agosto del mismo año, ya tenían una hija concebida a partir del recurso a la misma técnica, que inicialmente solo constaba como hija de la gestante, entonces soltera,

⁴¹ Comentada por DÍAZ MARTÍNEZ, «Acción de reclamación...», cit.; QUICIOS MOLINA, «¿Cómo puede determinarse...», cit.; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., «Los problemas...», cit.; y BARBER CÁRCAMO, «Doble maternidad legal...», cit. *Vid.* también el comentario de esta STS y de la que la sigue por DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S.: «Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014», *InDret*, 1/2015, pp. 1-35.

pero que en 2008 fue adoptada por su pareja. En el momento del nacimiento de las gemelas, a finales de 2007, las menores fueron inscritas en el RC tan solo como hijas de la gestante. Si bien ésta inició un expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales, en las que aparecía como soltera, con el fin de identificar a su cónyuge a los efectos de determinación de la filiación, dicho expediente concluyó por auto, confirmado por la DGRN, en el que tan solo se acordaba la rectificación del estado civil de la madre. En junio de 2009 la pareja puso fin a su relación y la madre interpuso demanda de divorcio contra su cónyuge, quien abandonó el hogar.

El JPI n.º 7 de Santa Cruz de Tenerife, por sentencia de 11 de abril de 2011, estimó la demanda de reclamación de la filiación interpuesta por la ex cónyuge de la madre, basada en la existencia de posesión de estado. La SAP de Santa Cruz de Tenerife, 1.ª, en sentencia de 24 de octubre de 2011 (JUR 2012/14522), y con posterioridad el TS, confirmaron el pronunciamiento⁴². La inexistencia de consentimiento en los términos del artículo 7.3 LTRHA es irrelevante para el TS, que considera que «(...) la protección integral de los hijos ante la Ley (...) no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo (...)» (FD 3.2). Con ello, el TS enfatiza la importancia de la voluntad para la determinación de la filiación derivada de TRA, que hace posible la «ficción legal» de permitir la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo, con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza. En palabras del propio Tribunal, ello evita que cuando se ejerce, como es el caso, la acción de reclamación de una filiación deba impugnarse la ya determinada a favor de la gestante, puesto que ambas filiaciones no son contradictorias (FD 3.3)⁴³.

⁴² La SAP fue calificada de «ejemplo de falta de entendimiento y confusión sobre los mecanismos técnicos de la filiación y sus consecuencias y de ausencia de argumentación jurídica»: BARBER CÁRCAMO, *La filiación...*, cit., p. 141.

⁴³ Ello es así porque el párrafo segundo del artículo 131 CC («Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada») se entiende en el contexto de la filiación por naturaleza: RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 131 CC», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, T-I, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 490-494, en pp. 493-494. La justificación de la no operatividad de esta excepción, que tiene su base en el artículo 113. II CC, de alcance más general, se encontraría aquí en que no puede haber incompatibilidad porque se trata de relaciones que tienen su base en fenómenos distintos: INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dirs.), *Tratado...*, cit., T-V, pp. 803-804.

En esta sentencia el TS anuncia el principio legal en el que se inspira el régimen de la filiación derivada de la aplicación de TRA y que vendría a sustituir el principio de verdad biológica: la voluntad de quien desea ser progenitor. Si bien esta doctrina es coherente con el contexto que rodea la filiación derivada del recurso a TRA, resulta cuestionable, como desarrollo en el apartado 4 de este trabajo, que el TS la aplique prescindiendo de la regla especial prevista para la determinación de la filiación en estos casos (art. 7.3 LTRHA) y, más aún, que en su lugar recurra a una norma pensada para la filiación por naturaleza, que tan solo exige «constante posesión de estado» y ni tan siquiera requiere que exista convivencia entre quien reclama la filiación, el progenitor cuya filiación sí se encuentra determinada y el hijo (art. 131 CC). Al encontrarnos ante un caso límite (el consentimiento a la técnica se formalizó el día antes de la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA⁴⁴, sin cumplir con sus requisitos, y ambas mujeres contrajeron matrimonio con posterioridad), por razones de seguridad jurídica hubiera sido más razonable recurrir a una interpretación analógica del precepto para permitir la determinación de la filiación materna a favor de la actora. Ahora bien, la DGRN ha limitado esta interpretación a casos en los que, estando ya casadas ambas mujeres, el menor nació antes de la entrada en vigor de la reforma pero el consentimiento se prestó después⁴⁵. En el caso que nos ocupa tampoco debe obviarse que durante la relación la no gestante podía haber adoptado a la menor, como hizo respecto de la hija mayor de la pareja, o bien podía haber prestado su consentimiento, en los términos del artículo 7.3 LTRHA, durante el tiempo que medió entre la fecha del matrimonio (agosto de 2007) y el nacimiento de las menores (diciembre de 2007). Sin embargo la mujer no utilizó ninguna de estas dos vías, por lo que la STS no sienta un buen precedente.

Pese a lo cuestionable de la interpretación del TS, el caso permite poner en duda, una vez más, los rígidos requisitos del artículo 7.3. En este punto no debe olvidarse que el consentimiento a la técnica concreta, expresado ante el centro autorizado es, como el exigido por el artículo 7.3 LTRHA, un consentimiento previo al nacimiento que, como tal, permite dejar constancia de la existencia de un proyecto parental y de la consiguiente voluntad de asumir la filiación que pueda resultar. Se trata, también, de un consentimiento susceptible de ser probado con facilidad, lo que no debería plan-

⁴⁴ El apartado 3 del artículo 7 de la LTRHA, añadido por la DA 1.ª de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE n.º 65, de 16 de marzo), entró en vigor el día 17 de marzo.

⁴⁵ *Vid.*, entre otras, la Resolución de 14.10.2008 (JUR 2009/443280) y, *a sensu contrario*, la de 26.11.2008 (RJ 2010/459).

tear mayores problemas cuando surgiera la cuestión de la impugnación o reclamación de la maternidad. Puesto que la Sala 1.^a del TS ya está reconociendo el papel de la voluntad procreacional, por la vía de la posesión de estado, incumbe al legislador, y solo a él, dar un paso más y ampliar el alcance del artículo 7.3 LTRHA.

Como ya se ha indicado, el Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil se limita a modificar el artículo 7.3 LTRHA en el sentido de validar el consentimiento posterior al nacimiento, expresado en el centro médico donde nazca el hijo. La pregunta que puede plantearse a la luz de la proyectada reforma es la siguiente: ¿podrá determinarse la filiación a favor de la esposa de la gestante si falta dicho consentimiento pero consta el que ambas mujeres prestaron con anterioridad al nacimiento ante el centro de reproducción asistida? La cuestión tiene trascendencia en relación con una posible acción de reclamación de la maternidad ejercitada por la mujer no gestante, aunque a la luz de la sentencia de 5 de diciembre de 2013 y de la que es objeto de comentario en el apartado siguiente, ni tan solo el consentimiento previo en el centro es un requisito para poder reclamar con éxito la filiación.

Con posterioridad a la sentencia objeto de este apartado, y en relación con un proceso paralelo seguido sobre el mismo caso, la sala 1.^a del TS dictó la sentencia de 19 de mayo de 2014 (JUR 151152), que confirma el amplio régimen de visitas concedido a la mujer no gestante, entonces en calidad de «allegada» (art. 160. II CC) y ahora de progenitora, respecto de las dos menores cuya filiación había quedado acreditada en el proceso aquí analizado.

3.3 La sentencia de 15 de enero de 2014

En este caso la acción de reclamación permite determinar la filiación a favor de una mujer que no llegó a casarse con la madre, puesto que el artículo 131 CC comprende tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial. Sin embargo, el caso plantea mayores dudas que el anterior porque la existencia de consentimiento conjunto a la utilización de las TRA resulta controvertida, por lo que el único fundamento de estimación de la demanda parece ser la posesión de estado. De la sentencia, dictada por seis votos a favor, merece una especial atención el voto particular formulado por tres magistrados.

La sentencia tiene origen en una acción de reclamación de la filiación no matrimonial interpuesta por la ex pareja de la madre respecto de un menor nacido en 2003, durante la relación de convi-

vencia estable que mantuvieron ambas mujeres entre 1996 y 2006. La mujer no gestante no solo no podía acceder a la posibilidad que contempla el artículo 7.3 LTRHA por no estar casada con la madre, sino también porque en aquel momento ni tan siquiera existía tal posibilidad. El menor había sido concebido mediante inseminación artificial con esperma de donante anónimo, en el marco de lo que el Juzgado califica de un «proyecto común» que infiere de extremos tales como el trato del menor como hijo por parte de la propia actora y su ámbito familiar; el ejercicio, por parte de la actora, de acciones para mantener este trato tras la ruptura, las cuales dieron lugar a la ya mencionada STS, 1.^a, de 12 de mayo de 2011; y la incorporación, en el nombre compuesto del menor, del apellido de la actora (Esteban). El JPI n.º 2 de Talavera de la Reina, por sentencia de 23 de abril de 2010, estimó íntegramente la demanda. La SAP de Toledo, 2.^a, por sentencia de 17 de enero de 2012 (JUR 96331), estimó el recurso interpuesto por la demandada y revocó la sentencia previa, al considerar que no había quedado acreditada la posesión de estado que debía permitir el ejercicio del artículo 131 CC, dado que la actora solo actuó como madre durante los tres años que mediaron entre el nacimiento del menor y la ruptura de la pareja. El TS estima el recurso de casación interpuesto por la actora y, con ello, la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. El recurso se basa en el interés casacional de su objeto, una norma con menos de cinco años de vigencia (art. 7.3 LTRHA); alude a que el proceso paralelo iniciado por la actora para poder relacionarse con el menor, que concluyó con la STS, 1.^a, de 12 de mayo de 2011, admitió *obiter dicta* la existencia de posesión de estado que permitiría invocar el artículo 131 CC para reclamar la filiación en este nuevo proceso; y concluye que limitar la posibilidad de determinar la filiación por naturaleza a las parejas de dos mujeres casadas antes del nacimiento del menor discrimina entre los menores concebidos a partir del recurso a TRA.

El TS valida el recurso al artículo 131 CC a partir de la relación de compatibilidad que afirma que existe entre el mismo y el artículo 7.3 LTRHA. A partir de aquí, el consentimiento a la TRA que permitió la concepción del menor, unido a otros extremos, tales como la elección de su nombre o la posterior unidad familiar entre las convivientes y el hijo biológico de una de ellas, ya constatada por la citada STS, 1.^a, de 12 de mayo de 2011, refuerzan la posesión de estado de la mujer compañera de la gestante (FD 2). Como ya había afirmado en su sentencia de 5 de diciembre de 2013, el TS confirma la innecesariedad de impugnar la filiación ya determinada a favor de la madre biológica, puesto que no existe contradic-

ción de filiaciones entre ésta y la reclamada. En último término, el TS recurre al interés del menor, puesto que «representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica» (FD 3).

El voto particular, cuya argumentación destaca por su mejor técnica jurídica, defiende la solución contraria, alegando, en resumen, que no se respetan los hechos probados en su totalidad; que el fallo es contrario a sus precedentes (y, en particular, a la STS, 1.^a, de 12 de mayo de 2011); que no se aplica la ley especial existente al efecto para regular la situación que nos ocupa, que es el artículo 7.3 LTRHA; y que el único fundamento de la estimación del recurso acaba siendo la posesión de estado. Por su mayor importancia me centraré en estos dos últimos argumentos.

Con independencia de que en el caso no podía existir un consentimiento expresado en los términos del artículo 7.3, puesto que las litigantes no estaban casadas ni podían estarlo cuando nació el menor, según el voto particular no hay constancia de un consentimiento conjunto a la técnica, que actuara como refuerzo de la posesión de estado que hiciera posible la determinación de la filiación en la línea iniciada por la STS de 5 de diciembre de 2013. Así, según el voto, la mayoría de la Sala prescinde del dato, relevante, de que el consentimiento de la recurrente a las TRA no quedó probado, como ya había afirmado la STS, 1.^a, de 12 de mayo de 2011, relativa al mismo caso: «No está probado si la decisión fue tomada o no conjuntamente por las dos componentes de la pareja» (FD 1). Desde mi punto de vista, este es el argumento verdaderamente relevante del voto particular, que no debe quedar eclipsado por otros argumentos superfluos, y a mi modo de ver carentes de justificación, tales como que el interés del menor desaconseja la determinación de la doble maternidad en circunstancias de ruptura traumática de la relación entre las dos mujeres, o que una pareja de hecho carece del «elemento de estabilidad, o cuanto menos de propósito de estabilidad» que impone el artículo 7.3 LTRHA con la exigencia de matrimonio para que pueda determinarse la filiación materna respecto de la mujer no gestante⁴⁶.

El voto particular resulta decisivo por tres razones adicionales: en primer lugar, porque critica que la mayoría prescinda de la existencia de la ley especial que regula estos supuestos a partir de 2007; en segundo lugar, porque identifica un nuevo título de determinación de la filiación, limitada a la derivada del recurso a la reproducción asistida, en el artículo 7.3 LTRHA; y, finalmente, porque descarta la posibilidad de acudir a la posesión de estado para reclamar

⁴⁶ Al respecto, me remito a las referencias citadas en la nota 19 de este trabajo.

la filiación sobre la base del artículo 131 CC, pues ésta «no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que permite presumir quiénes pueden ser los progenitores, sin que encuentre encaje con este nuevo título de determinación de la filiación que se basa en el mero consentimiento de la mujer casada con la madre receptora de la reproducción asistida» (FD 6 *in fine*). Este último argumento, que considero esencial, es coherente con la configuración de la posesión de estado como situación fáctica que *puede* conducir a una determinación de la filiación, mediante la prueba de que concurren sus requisitos⁴⁷. Ello entronca, además, con la doctrina que entiende que la posesión de estado no tiene, propiamente, eficacia acreditativa de la filiación, no es título de atribución, sino de legitimación, de acuerdo con el artículo 131 CC, y constituye un medio de prueba subsidiario (art. 113. I CC) de carácter presuntivo o indirecto, en los términos del artículo 767.3 LEC⁴⁸. Así, no bastará la prueba de la constante posesión de estado para declarar la filiación, pues en la concepción de la misma que tiene el Código debe coincidir con la correspondiente relación biológica, en cuya investigación son admisibles toda clase de pruebas⁴⁹.

Descartado el recurso al artículo 7.3 LTRHA, en el caso la única opción para que quedara determinada la filiación materna a favor de la mujer no gestante sería la de la adopción del hijo de su pareja (art. 178.2.1.º CC). Ahora bien, además de restringirse a las parejas casadas y, allí donde es de aplicación el CC, a los convivientes *heterosexuales*⁵⁰, esta opción plantea problemas cuando la

⁴⁷ Se trata del *nomen* (empleo, por el hijo, del mismo apellido del presunto padre/madre), el *tractatus* (comportamiento, tanto material como afectivo, propio de la relación de filiación) y la fama o *reputatio* (consideración social de hijo): Díez-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil, Vol. IV (Tomo I), Derecho de familia*, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012 (reimpr. 2013), p. 239. Para una ejemplificación de los hechos que la jurisprudencia ha considerado «posesión de estado», *vid.* QUICIOS MOLINA, S., «Comentario al artículo 131 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 304-306, en pp. 305-306.

⁴⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 131 CC», en PAZ-ARES; BERCOVITZ; Díez-PICAZO; SALVADOR, *Comentario del Código Civil*, cit., pp. 492-493; QUICIOS MOLINA, «Comentario al artículo 131 CC», en BERCOVITZ (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 304; y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «La determinación de la filiación», en Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2012, pp. 1631-1664, en pp. 1660-1662.

⁴⁹ En consecuencia, su falta de prueba solo afectará al mayor o menor fundamento de la pretensión: TORIBIOS FUENTES, F., «Comentario al artículo 131 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex nova, Valladolid, 2010, pp. 241-244, en pp. 243-244. Para BARBER CÁRCAMO («Doble maternidad legal...», cit., pp. 128-129), al estar basada en la verdad biológica, «no cabe posesión de estado de doble maternidad o paternidad, por imperativo lógico y técnico».

⁵⁰ Así es a partir de la DA 3.ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores (BOE n.º 275, de 17 de noviembre). Denuncio estas restricciones en mi trabajo «Acceso...», cit., pp. 164 y ss. *Vid.* también la nota 19 de este trabajo.

relación entre las dos mujeres se rompe tras el nacimiento del menor y la mujer que consta legalmente como madre no asiente a la adopción en los términos del artículo 177.2.2.º CC, lo que sería más que probable en casos como los que dieron origen a las sentencias aquí analizadas, en que los pleitos de reclamación de maternidad se instaron, además, por la esposa o conviviente con la madre una vez rota la relación con ésta⁵¹.

4. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Al anunciar la compatibilidad entre la posesión de estado y la normativa especial de la LTRHA (art. 7.3), el TS convierte erróneamente a la posesión de estado en título de atribución de la filiación. Además, el TS parece ignorar que, de acuerdo con la redacción del artículo 7.1 LTRHA, el régimen del Código civil –y del Derecho civil autonómico allí donde exista– sobre determinación de la filiación por naturaleza queda desplazado cuando existe una norma especial. Ello conlleva la inaplicación de todo el régimen de acciones de reclamación e impugnación *stricto sensu*, basadas en la verdad biológica, para proceder solo las fundadas en la nulidad o los defectos del título⁵².

La relación de compatibilidad que el TS observa entre la regla especial del artículo 7.3 LTRHA y la norma que prevé para la filiación por naturaleza el artículo 131 CC determina que, ante la imposibilidad de aplicar el artículo 7.3, el TS acabe aplicando el artículo 131 CC. El TS justifica dicha compatibilidad en la remisión que hace el artículo 7.1 LTRHA a las «leyes civiles»: «La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.»⁵³. Sin embargo, como anuncia el propio precepto dicha remisión no opera ni respecto de los artículos 8 a 10 LTRHA, que son a los que se refiere expresamente, ni tampoco respecto del artículo 7.3, que contiene otra norma especial en sede de filiación derivada de TRA. Aunque

⁵¹ Para BARBER CÁRCAMO («Doble maternidad legal...», cit., p. 134), muy crítica con el establecimiento de la filiación por parte del TS en estas dos sentencias, ello determina que la única solución en casos como los planteados sea instar un régimen de relaciones personales al amparo del artículo 160 CC.

⁵² Vid. BARBER CÁRCAMO, *La filiación...*, cit., pp. 136-137, quien afirma que esta conclusión no debe ser aplicable al hijo. Al respecto, me remito a la nota 34.

⁵³ Vid. BARBER CÁRCAMO, «Reproducción asistida...», p. 28. La autora califica de «sorprendente» la remisión a un sistema, como el del Código civil, de base biológica, por parte de una norma, como la LTRHA, que admite la fecundación heteróloga o con gametos de donante.

el artículo 7.1 no se refiera a la misma, puesto que fue introducida con posterioridad, no hay duda de que la remisión a las leyes civiles tampoco puede operar en este caso que, además de reflejar los problemas derivados de legislar en paralelo, constituye, sin duda alguna, otra especialidad⁵⁴.

En consecuencia, resulta especialmente criticable el argumento empleado por el TS, en la sentencia de 5 de diciembre de 2013, según el cual el recurso al artículo 131 CC es posible a partir de la remisión que hace el 7.1 a las «leyes civiles». En la línea correcta se sitúa, a mi parecer, el voto particular a la STS de 15 de enero de 2014, cuando afirma que la excepción que prevé el artículo 7.1 LTRHA excluye de la remisión a las leyes civiles «las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos» (art. 8 a 10) y «necesariamente debe comprender la del apartado 3 del propio artículo 7 por ser éste precisamente el primero que la ley especial dedica al régimen de la filiación» (FD 4). Los criterios de determinación de la filiación materna que, más allá del artículo 7.3 LTRHA, prevé el CC resultan dudosamente operativos en los casos de falta de consentimiento en la forma requerida por el artículo citado porque su razón de ser se encuentra, en última instancia, en el criterio biológico, de modo que es muy difícil acomodarlos a una situación en que la principal conexión con el nacido es la libre voluntad de la cónyuge de la gestante⁵⁵.

Las dos sentencias analizadas se centran en la categoría de la «posesión de estado» sin entrar a valorar el dato, relevante en mi opinión, de si la mujer que ejercía la acción de reclamación había aportado sus gametos para la concepción, lo que si bien no podía suceder en el caso resuelto por la sentencia de 15 de enero de 2014 por razón de la técnica empleada (inseminación artificial), no puede descartarse en la de 5 de diciembre de 2013, de la que tan solo se desprende que la gestante se sometió a fecundación *in vitro*, sin referencia alguna a la procedencia de los óvulos. La legislación estatal, a diferencia del ya citado artículo 235-28.2 CCCat, no ofrece una solución para el caso en que la mujer no gestante hubiera aportado sus gametos para la realización de la técnica pero no

⁵⁴ Así lo apunté en *Consentimiento a la reproducción asistida...*, cit., p. 110. En el mismo sentido ya se habían pronunciado NANCLARES VALLE, «Reproducción asistida...», cit., p. 13; BARBER CÁRCAMO, «Reproducción asistida...», cit., p. 28; BENAVENTE MOREDA, «La filiación...», cit., p. 95; y VERDERA SERVER, «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., p. 213, quien califica la situación de «imprecisión sobrevenida».

⁵⁵ INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, p. 807.

hubiera consentido a la misma, o al menos no lo hubiera hecho en los términos del artículo 7.3 LTRHA⁵⁶.

Casos como los resueltos por el TS nos vuelven a enfrentar a la cuestión de cuál debe ser el fundamento de la filiación derivada del acceso a las TRA: la biología (entendida en sentido genético respecto del hombre, y genético y/o gestacional respecto de la mujer) o la voluntad. En mi opinión, si existe fundamento para afirmar que mediante la aportación de gametos se estaba asumiendo la filiación resultante, de lo que pueden ser indicios relevantes la convivencia previa y/o posterior al nacimiento, la existencia de un proyecto parental que se materializa en el acceso conjunto a las TRA, y la asistencia al parto, podemos concluir que existe un consentimiento tácito y, por tanto, la acción de reclamación de filiación, basada en la verdad biológica, debería prosperar. Ahora bien esta solución solo sería posible en ausencia de una regla especial aplicable al supuesto, regla que en los casos analizados, pese a su carácter limitado, sí existía. No me parecería descabellado que el legislador admitiera, como sucede en sede de filiación por naturaleza, la determinación judicial de la filiación para el caso de que la extrajudicial no prosperara⁵⁷. Esta vía podría operar a los efectos de reclamar la filiación, aunque debería establecerse previamente si la mujer no gestante tiene legitimación para el ejercicio de la acción, o la misma se limita a la gestante y al hijo. En cualquier caso, abrir la vía judicial en este contexto nunca debería conducir a permitir la impugnación de una filiación previamente determinada, argumentando que no existe correspondencia genética con el nacido, pues esta tesis queda vacía de contenido en el contexto de la filiación derivada del recurso a TRA. Esta posibilidad debe limitarse, como ya he apuntado en el apartado 2.4, a los casos en los que la filiación se haya determinado existiendo vicios del consentimiento, por la vía de la impugnación de la filiación determinada con vicios del consentimiento, no por la vía de la acción general de impugnación de la filiación.

En la sentencia de 5 de diciembre de 2013 el TS refuerza la «huida» de argumentos formalistas y, con ello, la exclusión de la norma aplica-

⁵⁶ A favor de la determinación de la filiación cuando quien ejerce la acción de reclamación de paternidad es el hombre que aportó sus gametos para la realización de las TRA y no un mero donante, *vid.* INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, p. 798.

⁵⁷ Así se establece, desde el 1.4.2014 en Holanda, donde la madre legal o el hijo pueden interponer una acción judicial de reclamación de la maternidad contra la mujer que no quiso reconocer al hijo en los términos legales o contra sus herederos, si aquella murió sin poder hacerlo: *vid.* CURRY-SUMMER, I.; VONK, M., «Dutch co-motherhood in 2014», en ATKIN, B. (General Ed.), *The International Survey of Family Law. 2014 Edition*, Jordan Publishing Ltd., Bristol, 2014, pp. 361-376, en p. 367.

ble (art. 7.3 LTRHA), mediante la alusión al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, a los cambios familiares que se están produciendo y al interés de las menores (FD 3.6). En la sentencia de 15 de enero de 2014 la mayoría del TS también recurre al interés superior del menor para permitir la determinación de la filiación materna.

A partir del recurso al principio siempre ambivalente del interés superior del menor⁵⁸, el TS opta por hacer «justicia del caso», a costa de poner en riesgo la seguridad jurídica. El propio TS también recurrió a dicho principio en su sentencia de 6 de febrero de 2014 (RJ 736) pero en aquella ocasión lo hizo para negar el establecimiento de la doble filiación paterna respecto de unos gemelos concebidos a partir del recurso a la GS en EE. UU. por un matrimonio de dos hombres de nacionalidad española. En dicha sentencia, que es objeto de análisis a continuación, el recurso al interés del menor no sirvió, por tanto, al TS para huir de la norma aplicable (art. 10 LTRHA), sino para ceñirse a la misma y evitar así la determinación de la filiación. Por su importancia, me detendré en el recurso a este principio por parte del TS al analizar dicha sentencia.

III. DETERMINACIÓN DE LA DOBLE PATERNIDAD DERIVADA DEL ACCESO A REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. PUNTO DE PARTIDA: NULIDAD DE LOS ACUERDOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Por razones biológicas, la única forma por la cual los hombres solos o las parejas de dos hombres pueden acceder a las TRA para hacer realidad su proyecto parental es mediante los acuerdos de GS, que el artículo 10.1 LTRHA declara nulos⁵⁹. Como consecuencia de dicha nulidad la filiación será determinada por el parto (art. 10.2 LTRHA), quedando a salvo la posible acción de reclama-

⁵⁸ Para QUICIOS MOLINA, el TS «ha permitido la determinación a la carta de una segunda maternidad»: «¿Cómo puede determinarse...», cit., p. 628. BARBER CÁRCAMO («Doble maternidad legal...», cit., pp. 129-131) también se muestra especialmente crítica con el uso del interés del menor en ambas sentencias, puesto que considera que el encaje más adecuado de la cláusula no es la determinación de la filiación, sino la protección del menor y la fijación de medidas encaminadas a su guarda y custodia.

⁵⁹ «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.» El uso de la expresión «gestación por sustitución» se justifica en este trabajo porque, además de ser la empleada por la rúbrica del artículo 10 LTRHA, es la más neutra: LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 24-27.

ción de la paternidad respecto del padre biológico (art. 10.3 LTRHA).

La diversidad de aproximaciones a la GS en un momento de globalización como el actual⁶⁰ se traduce en la práctica en el mal llamado «turismo reproductivo»⁶¹. España, hasta hace poco únicamente sujeto pasivo de este fenómeno por las mayores facilidades de acceso a las TRA en general y a la «donación» de óvulos en particular⁶², en relación con la GS se ha convertido en sujeto activo del mismo⁶³. Ya en 2003 nacieron en EE. UU. casi mil niños españoles, previsiblemente gestados de esta forma⁶⁴. Solo entre 2006 y 2010 la cifra de los acuerdos de GS celebrados a nivel internacional en aquel país incrementó en un 1000% en las cinco grandes agencias especializadas consultadas, y en 2008 casi el 40% de los nuevos «clientes» de estas agencias eran extranjeros, cifra que contrasta con los menos del 5% registrados en años anteriores⁶⁵. En la actualidad se estima que ya más de la mitad de los «clientes» de las agencias de GS localizadas en EE. UU. son extranjeros⁶⁶.

La concepción del «turismo reproductivo» como válvula de seguridad que reduce el conflicto moral de los estados, en cuanto permite a los ciudadanos huir de legislaciones restrictivas⁶⁷, subya-

⁶⁰ Vid. TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P. (Eds.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart, Oxford-Portland-Oregon, 2013. Este trabajo tiene su origen en una investigación dirigida por ambos profesores de la Universidad de Aberdeen y financiada por la Fundación Nuffield.

⁶¹ A favor de la expresión más neutral «Cross Border Reproductive Care», vid. SHENFIELD, F. et al., «Cross border reproductive care in six European countries» (2010) 25(6) *Human Reproduction* 1361. Sobre el fenómeno en el contexto de la GS en particular, vid. ENGEL, M., «Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?», en DETHLOFF, N. et al. (Eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Antwerp, 2014, pp. 1-22.

⁶² Así, la posibilidad de utilizar gametos donados y la «compensación» ofrecida por los mismos, la garantía de anonimato del donante, la no exclusión de las parejas no casadas y de lesbianas del acceso a las TRA, así como sus menores costes y las listas de espera más reducidas, han convertido a España en uno de los principales destinos reproductivos de parejas y receptoras de otros países pero también de donantes de óvulos: vid. SHENFIELD et al., cit.; ROMEO CASABONA, C. M.; PASLACK, R.; SIMON, J. W., «Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European countries», *Rev Der Gen H*, 38/2013, pp. 15-42. Especialmente interesante es la entrevista a Guido Pennings, «Toda Europa viene a España a buscar óvulos», publicada en *La Contra de La Vanguardia* el 20.5.2014 (disponible on-line).

⁶³ Vid. mi trabajo «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain», *International Family Law*, 1/2013, pp. 68-72.

⁶⁴ DURÁN AYAGO, A.; BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Los vientres de alquiler» (La cara y la cruz), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 881, 20.3.2014, p. 2.

⁶⁵ Vid. Informe preliminar n.º 10 de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, sobre los problemas derivados de los acuerdos internacionales de GS, elaborado en marzo de 2012, pp. 1-33, en p. 8 (disponible on-line).

⁶⁶ Vid. los datos aportados por la agencia *Growing Generations*, con sede en Los Ángeles (California), publicados en «Coming to U. S. for Baby, and Womb to Carry It», *NYTimes.com*, 5.7.2014.

⁶⁷ La definición es de PENNINGS, G., «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Human Reproduction*, Vol. 19(12), 2689-2694: «Reproductive tourism

ce en el caso *S. H. y otros c. Austria*, resuelto por el TEDH. El caso tenía por objeto la ley austriaca sobre TRA (1992) y, en particular, su prohibición de donación de gametos para la práctica de inseminación artificial y fecundación *in vitro*, las únicas TRA que permitían a las parejas recurrentes tener hijos al menos relacionados genéticamente con uno de sus miembros. La decisión final de la Gran Sala, de 3 de noviembre de 2011 (JUR 369437), en sentido contrario a la de la sec. 1.^a de 1 de abril de 2010 (JUR 97861), que había condenado a Austria, puso el acento en el margen de apreciación de los estados para regular una cuestión tan sensible como la planteada y afirmó que los ciudadanos austríacos ya podían acceder a la técnica en otros países que la permitían⁶⁸.

En este contexto, cada vez son más los ciudadanos españoles que acceden a la GS en otros países⁶⁹. Ante la nulidad de los acuerdos de GS en España, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE n.º 243, de 7 de octubre). La Instrucción permite que la filiación a favor del padre o padres comitentes se inscriba y despliegue efectos en España, siempre que no conste la filiación materna a favor de la gestante. Es requisito básico para la inscripción la presentación de una resolución *judicial* del país de origen del menor que así lo acredite. Esta exigencia, que ha sido objeto de críticas⁷⁰, pretende garantizar que se protege el interés del menor, asegurando que no se incurra en tráfico de menores, así como que se respetan la capacidad y libre consentimiento de la gestante⁷¹.

should be seen as a *safety valve that avoids moral conflict*, and as such, contributes to a peaceful coexistence of different ethical and religious views in Europe.» (p. 2694, *in fine*).

⁶⁸ La doctrina de la sentencia plantea riesgos de discriminación elitista, como también de baja calidad del tratamiento obtenido en el extranjero.

⁶⁹ Principalmente a EE. UU., donde se calculaba que en 2014 nacerían dos mil bebés gestados para parejas comitentes nacionales e internacionales, casi tres veces más que hace una década: «Coming to U. S. for Baby, and Womb to Carry It», *NYTimes.com*, 5.7.2014. Por razones económicas, Tailandia, Rusia o Méjico están desplazando este primer destino y, a su vez, otros destinos tradicionales como la India o Ucrania, cuyos problemas administrativos o políticos desaconsejan el acceso a la GS por ciudadanos extranjeros. Respecto del caso indio, *vid.* la nota 71.

⁷⁰ Se apunta a que el requisito podría entrar en contradicción con la legislación registral española, en cuanto también permite el reconocimiento de *certificaciones* registrales extranjeras: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La filiación en el derecho internacional privado», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, pp. 487-505, en pp. 501-502.

⁷¹ Tras la Instrucción, entre mayo y diciembre de 2011 se interpusieron al menos quince recursos ante la DGRN. De éstos, once se resolvieron a favor de los recurrentes, padres comitentes; tres fueron desestimados; y uno se resolvió admitiendo el desistimiento de los promotores. En doce casos el acceso a la GS había tenido lugar en EE. UU., mientras que en los tres que se resolvieron negativamente el acceso había tenido lugar en la India. Posiblemente el no reconocimiento en España de la filiación derivada de GS realizada en la India, dada la falta de resolución judicial que acreditara la filiación que se preten-

2. TRAS LA ESTELA DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIALDO DE 18 DE FEBRERO DE 2009

2.1 Antecedentes

El caso que abrió el debate en España fue el que dio origen a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 1735), que acordó la inscripción de dos certificados de nacimiento emitidos en California, que declaraban la filiación paterna de dos hombres españoles casados, respecto de unos gemelos gestados a partir del recurso a la GS y nacidos en octubre de 2008 en aquel estado. Al presumirse «nacidos de padre o madre españoles», en los términos del artículo 17 a) CC, los menores fueron considerados españoles, por lo que su filiación se debía regir por la ley española (art. 9.4 CC)⁷². Ahora bien, dado que en los casos de acceso a la GS en el extranjero la filiación ya se ha determinado conforme con una ley extranje-

día y la identidad de la madre gestacional, determinó que dicho país acabara paralizando la celebración de estos acuerdos con comitentes españoles: sobre las directrices administrativas adoptadas en esta materia en 2012 por el ministerio del interior indio, ampliamente criticadas, *vid.* MALHOTRA, A.; MALHOTRA, R., «India. Surrogacy for single and unmarried foreign persons: a challenge under Indian Law», en ATKIN, *The International Survey...*, cit., pp. 165-179.

Excepcionalmente, la RDGRN de 15.4.2013 (JUR 327711) no reconoce la filiación derivada de GS realizada en EE. UU., puesto que solo se aportó informe hospitalario y factura del parto.

La Instrucción también se ha aplicado a los efectos de permitir la inscripción de la filiación en España al menos en un caso que requería exequátur: *vid.* Auto del JPI n.º 1 de Pozuelo de Alarcón de 25.6.2012 (AC 2013/281). Y en el orden social la han aplicado varios tribunales a los efectos de reconocer pensiones de paternidad y maternidad a los comitentes, en aplicación de un «orden público atenuado»: *vid.* SSTSJ, Social, Madrid, 3.ª, de 13.3.2013 (JUR 291496); Cataluña, 1.ª, de 23.11.2012 (AS 2013/845); Madrid, 4.ª, de 18.10.2012 (AS 2503); y Asturias, 1.ª, de 20.9.2012 (AS 2485). En el ámbito comunitario, el TJUE considera que no se puede obligar a los estados miembros a otorgar permisos de maternidad a trabajadoras que han sido madres gracias a la GS: al respecto, *vid.* las SSTJUE, Gran Sala, de 18.3.2014 (Asuntos C-167/12 y C-363/12), en que el Tribunal resolvió dos cuestiones prejudiciales formuladas en relación con las solicitudes de dos madres comitentes nacionales de Reino Unido e Irlanda. Pese a la doctrina del TJUE, el Gobierno de Reino Unido aprobó la concesión de estas ayudas, que son efectivas desde abril de 2014: «Surrogacy mothers not entitled to maternity leave, EU court rules», *The Guardian*, 18.3.2014.

⁷² En relación con la ley aplicable a la filiación se plantea el problema del «doble espejo», pues la aplicación de los artículos 9.4 y 17 CC comporta que la determinación de la nacionalidad del hijo dependa de su filiación, que a su vez depende de cuál sea su nacionalidad. Ahora bien, cuando está acreditado que al menos el material genético de uno de los solicitantes fue empleado para la generación, el artículo 17 CC permite solucionar la cuestión: *vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, P., «¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia», *Lección inaugural curso académico 2010/2011*, Universidad de Extremadura, 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32, en pp. 19-20 (*ponencia inédita facilitada por cortesía de la Prof. A. Durán Ayago*). En todo el proceso que dio lugar al caso que nos ocupa no se dudó de la nacionalidad española de los menores, lo que resulta criticable, ya que la STS cuestiona que los gemelos hayan nacido de español o española, único título de legitimación de la nacionalidad que poseerían: *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «3.2. Filiación», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVI, 2/2014, pp. 273-277.

ra, es su reconocimiento lo que debe llevarse a cabo conforme con la legislación española, siempre que se cumplan las condiciones y se den los vínculos con el extranjero que se exigen para el reconocimiento de decisiones o actos extranjeros, sin que se plantee por ello una cuestión de ley aplicable⁷³.

La DGRN, a partir del argumento de la discriminación respecto de las parejas de dos mujeres, cuya doble maternidad ya podía quedar determinada en los términos del artículo 7.3 LTRHA, así como del recurso al interés superior del menor, reconoce los certificados de nacimiento extranjeros a los efectos de la inscripción de la paternidad en España. Al no crear un efecto de cosa juzgada, la Resolución dejaba abierta la impugnación de la filiación, por lo que el ministerio fiscal interpuso recurso ante el JPI n.º 15 de Valencia que, por sentencia de 15 de septiembre de 2010 (AC 1707), dejó sin efecto la inscripción entendiendo que existía un fraude de ley al artículo 10 LTRHA⁷⁴. El Juzgado consideró, además, que no existía discriminación, puesto que la imposibilidad de inscribir la filiación resultante de un contrato de GS no tenía origen en la orientación sexual de los comitentes, sino en la nulidad de estos contratos, susceptible de afectar por igual a una pareja heterosexual. Para proteger el interés de los menores, el Juzgado remitió a la pareja comitente al ejercicio, por parte del padre biológico, de la acción judicial de reclamación de la paternidad (art. 10.3 LTRHA) y, al otro miembro de la pareja, a la adopción (art. 178.2.1.º CC). La AP de Valencia, 10.ª, por sentencia de 23 de noviembre de 2011 (AC 1561), y posteriormente la Sala 1.ª del TS por sentencia de 6 de febrero de 2014 (RJ 833), confirmaron dicho pronunciamiento. El Pleno de la Sala 1.ª del TS, por auto de 2 de febrero de 2015, declaró su sentencia conforme a derecho, desestimando el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes⁷⁵. Si bien la SAP y la STS llevan a cabo un control de legalidad de la institución suscepi-

⁷³ Pese a su relevancia, este punto se obvia con demasiada frecuencia. Desde el derecho internacional privado lo advierten, entre otros, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, pp. 1-42; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Filiación natural y filiación adoptiva. Aspectos internacionales», en GETE-ALONSO y CALERA, M. del C. (Dir.); SOLÉ RESINA, J. (Coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, T-I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 413-468, en pp. 416 y 428-429; y HEREDIA CERVANTES, I., «Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero», *CCJC*, 96/2014, pp. 177-214, en pp. 200-201.

⁷⁴ En contra, *vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, «¿Y tú de quién eres?...», *cit.*, p. 23. Esta autora entiende que no existe «fórum shopping fraudulento»: en el mismo sentido, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, *cit.*, T-V, pp. 494 y 504.

⁷⁵ «La negativa a la inscripción en el Registro Civil de la filiación de unos menores nacidos de vientre de alquiler, no vulnera los derechos fundamentales de los mismos», *Noticias Jurídicas*, 11.2.2015 (*disponible on-line*).

ble de reconocimiento y concluyen que resulta contraria al orden público (OP) internacional español, el TS corrige en este punto a la AP, que basada en el artículo 23 de la Ley de 8 de junio, de 1957, del Registro Civil (BOE n.º 151, de 10 de junio), había aplicado directamente el derecho sustantivo español⁷⁶. Por su novedad y repercusión, a continuación se analiza la STS, cuya aprobación por cinco votos a favor y cuatro en contra evidencia la división existente en la actualidad alrededor de la GS en España.

2.2 El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución

2.2.1 EL ACIERTO EN LA METODOLOGÍA Y EL CARÁCTER MÁS DISCUTIBLE DE LOS ARGUMENTOS DE FONDO

El TS se centra en analizar si la decisión de la autoridad administrativa del RC de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar su filiación de acuerdo con la legislación californiana puede ser reconocida, y desplegar efectos –en concreto, la determinación de la filiación a favor de los recurrentes– en el sistema jurídico español. Al tener ante sí una certificación registral extranjera que declara la filiación de dos menores, el TS recurre de entrada a los artículos 23 LRC y 81 y 85 de su Reglamento, todos ellos sobre reconocimiento de títulos extranjeros, con el fin de verificar si cumple sus requisitos⁷⁷: realidad del hecho inscrito; regula-

⁷⁶ Valora positivamente la STS en este punto, DURÁN AYAGO, en DURÁN AYAGO; BLANCO-MORALES LIMONES, «Los vientres de alquiler», cit., p. 2.

⁷⁷ Dicha certificación ni tan solo menciona la GS, pues este dato, como el acceso a las TRA, no tiene acceso a los registros. Estos datos solo figuran en la sentencia extranjera, que es el título constitutivo del vínculo jurídico de la filiación entre los menores y los padres intencionales. Se desconoce y no deja de sorprender por qué no se aportaron al proceso, como ya afirma el TS en el FD 1.7 de su sentencia, ni el acuerdo de GS ni la sentencia del tribunal californiano que atribuía la paternidad de los gemelos a los recurrentes. El auto del TS, de 2 de febrero de 2015, que desestima el incidente de nulidad promovido contra la mencionada STS incide en este aspecto, al afirmar que no se introdujeron al debate, mediante la correspondiente alegación y prueba, las circunstancias concretas de los menores y de sus relaciones familiares, tales como si alguno de los recurrentes era el padre biológico. Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., la defensa del orden público en este caso requería la aportación de ambos documentos: «Paradojas de la vida», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 3/2014, pp. 1-4 (BIB 2014/1533). Desde el derecho internacional privado se distingue, además, entre reconocimiento probatorio y reconocimiento sustancial o material: mientras que el primero, que es el que tuvo lugar en el caso, exige menos requisitos y no tiene efectos de cosa juzgada material, creando una presunción *iuris tantum*, el segundo sí los tiene. Para QUIÑONES ESCÁMEZ («Doble filiación paterna...», cit., pp. 13-15), en el caso debía haberse exigido el reconocimiento previo de la sentencia para pasar el control de legalidad, dada la relación de causa-efecto existente entre ésta y los certificados de nacimiento y ser tal decisión el título en el que se basaba la inscripción. En sentido similar, *vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.; CARRIZO AGUADO, D., «Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?», *La Notaria*, 2/2014, pp. 59-75, en p. 63. En palabras de HEREDIA CER-

ridad y autenticidad del mismo (esto es, que el asiento que es la base del certificado, en cuanto a los hechos de los que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española); y legalidad conforme a la Ley española (control de contenido del asiento objeto de dicha certificación que permita denegar su acceso al RC español cuando sea contrario al OP internacional español).

Al llevar a cabo el control de legalidad de la certificación registral extranjera conforme con la legislación española, la decisión de la mayoría considera que la GS es contraria al OP internacional español, por lo que no puede desplegar efectos en España. Frente al argumento de los recurrentes, según el cual el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el OP internacional español porque éste impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de GS pero no el acceso al RC español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del mismo, el TS considera decisivo que la filiación cuyo acceso al RC se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de GS (FD 11). A continuación se analiza este argumento, que es el más relevante que invoca el TS, seguido de los otros dos que le sirven de apoyo.

2.2.2 CONTRARIEDAD AL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL

Aunque el TS acierta en la metodología aplicada (el reconocimiento), los argumentos que emplea para fundamentar su fallo resultan discutibles. En primer lugar, resulta difícil invocar la contrariedad al OP respecto de una norma, el artículo 10 LTRHA, que en realidad no es prohibitiva, sino que se limita a no reconocer efectos en España a un determinado contrato⁷⁸. En segundo

VANTES («Inscripción de relación de filiación...», cit., pp. 208-209), al TS le habría bastado con alegar la exigencia que se deriva de los artículos 23 LRC y 85 RRC de que la certificación dé prueba de la realidad del hecho inscrito para haber tenido un argumento decisivo (y correcto) en contra de la inscripción.

⁷⁸ Cfr. con la DA 2.^a de la Proposición de Ley que dio origen a la Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida, que sí que prohibía formalmente la figura y preveía sanciones al respecto. Asimismo, en la jurisprudencia penal recaída sobre los delitos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor (art. 220 a 222 CP) no consta una sola condena en relación con la conducta que describe el artículo 10 LTRHA: al respecto, *vid.* mi trabajo «Surrogacy arrangements...», cit., pp. 69-70. Si bien la mayoría de autores que se han pronunciado al respecto dan por sentado que nos encontramos ante una norma prohibitiva, no lo justifican. En contra del carácter prohibitivo de la norma *vid.*, en especial, ATIENZA, M., «De nuevo sobre las madres de alquiler», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 27, 13.10.2009 (*disponible on-line*); ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Filiación natural...», cit., en GETE-ALONSO (Dir.); SOLÉ (Coord.), *Tratado...*, cit., pp. 436-437; y HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución».

lugar, el TS lleva a cabo el control del OP respecto de una determinada institución (la GS) y no respecto de los efectos que supondría la inscripción de un concreto documento extranjero en España⁷⁹. Se trata de un control en abstracto que es incompatible con el reconocimiento incidental de una certificación registral extranjera que era mero reflejo registral de una resolución judicial previa y que únicamente requería, como correctamente apunta el voto particular de la sentencia, comprobar si *en el caso concreto* se vulneraba el OP internacional español⁸⁰. Por el contrario, el TS, sin tener a su alcance ni el acuerdo de GS ni la resolución judicial extranjera⁸¹, concluye presumiendo que todo acuerdo de GS es explotador: «(...) en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población» (FD 3.6).

ción», ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. II, pp. 688-715, en p. 710. El último alude, además, a lo contradictorio que resulta que una norma prohibitiva «premie» al progenitor biológico con la posibilidad de ejercer una acción de reclamación de la filiación, en los términos del artículo 10.3 LTRHA.

⁷⁹ Vid., en especial, HEREDIA CERVANTES, I.: «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 54, 9.4.2014 (disponible on-line); e «Inscripción de relación de filiación...», cit., pp. 209-212.

⁸⁰ En la misma línea, vid. DURÁN AYAGO, A., «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 265-308, en p. 302; HEREDIA CERVANTES, «La Dirección General...», cit., p. 694; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «3.2. Filiación», cit., pp. 273-277, en pp. 275-276 y PARRÓN CAMBERO, M. J., «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», *La Ley*, n.º 8269, 12.3.2014, pp. 1-5. Ya había criticado este razonamiento, en relación con la sentencia previa que ahora confirma el TS (también comentada en *REDI*, 2012-2013-Pr., pp. 213-216), ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en FORNER DELAYGUA, J.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.; VIÑAS FARRÉ, R. (Coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, pp. 77-90, en pp. 83-84; y «Filiación natural...», cit., en GETE-ALONSO (Dir.); SOLÉ (Coord.), *Tratado...*, cit., pp. 435 y ss.

⁸¹ Vid. nota 77.

2.2.3 AUSENCIA DE DISCRIMINACIÓN RESPECTO DE LAS PAREJAS DE DOS MUJERES

En la línea de las instancias previas, el TS también rechaza el argumento de los recurrentes basado en la discriminación respecto de las parejas de dos mujeres que acceden a las TRA, a las que la ley permite inscribir la filiación materna (art. 7.3 LTRHA). Según el TS, «la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una GS contratada por ellos en California» (FD 4.2). Con ello, el TS da a entender, como ya habían hecho las instancias previas, que la consecuencia sería la misma si la pareja que hubiera recurrido a la GS en estas circunstancias fuera heterosexual. Aunque esta línea argumental me parece sensata⁸², no deja de sorprender que el acceso a la GS en EE. UU. por parejas españolas solo saliera a la luz y se cuestionara a partir de 2010, en relación con la pareja de dos hombres que protagonizó el caso objeto de comentario⁸³.

2.2.4 INTERÉS DEL MENOR

En último lugar, el TS recurre al principio del interés superior del menor. Si bien el TS admite que «el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores (FD 5.8) y que la decisión adoptada «puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute» (FD 5.11), también afirma que «La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma» (FD 5.6), por lo que considera que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor, que atenta contra su dignidad y lo convierte en objeto del tráfico mercantil (FD 5.8).

⁸² *Vid.*, al respecto, mi crítica a la RDGRN en la que esta sentencia trae causa: «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 1/2010, p. 15. No comparto la opinión de quien considera que la imposibilidad de acceso a la GS respecto de las parejas de dos hombres constituye una discriminación respecto del artículo 7.3 LTRHA que convierte en inconstitucional el artículo 10: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Copaternidad y matrimonio entre hombres y derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada por razones de igualdad», *RDJ*, julio-agosto 2014, pp. 3-27.

⁸³ Me remito a los datos ya expuestos según los cuales en 2003 se contabilizaron casi mil nacimientos de españoles en EE. UU., previsiblemente gestados de esta forma: *vid.* DURÁN AYAGO; BLANCO-MORALES LIMONES, «Los vientres de alquiler», *cit.*, p. 2.

Este argumento entra de nuevo en tensión con el del voto particular, según el cual «no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso perfectamente individualizada»⁸⁴. En consecuencia, la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño⁸⁵. En esta línea, los tribunales británicos han otorgado órdenes parentales a favor de parejas comitentes una vez celebrado un acuerdo de GS comercial en el extranjero, contraviniendo con ello la sec. 54 de la *Human Fertilisation and Embryology Act* (2008), que solo permite homologar tales acuerdos si se limitan a compensar los «gastos razonables». En estas circunstancias, los tribunales han sostenido que «el bienestar del menor no es solo la primera cuestión que debe considerar el tribunal, sino la principal» y que «es difícil imaginar un conjunto de circunstancias en las que, teniendo en cuenta el bienestar del niño, el tribunal pudiera negarse a emitir una orden parental, sin importar las sumas que se pagaron a la gestante o a la clínica»⁸⁶.

La inclusión de la cláusula general del interés superior del menor en nuestro ordenamiento ha extendido al Derecho de familia la técnica del desarrollo jurisprudencial del derecho mediante la aplicación de cláusulas generales⁸⁷. Como cláusula general, su principal ventaja es que permite adaptar las soluciones a los criterios de la conciencia social que deben prevalecer en la aplicación de una materia tan cambiante como son los valores que imprimen los caracteres específicos al Derecho de familia. Su principal desventaja se encuentra, en cambio, en el problema que plantea la interpretación personal, que puede dar lugar a desviaciones notables sobre lo que la conciencia social considera aceptable en un momento dado⁸⁸ y que ha conducido a la sobrevaloración tanto

⁸⁴ En esta misma línea *vid.*, con anterioridad, DURÁN AYAGO («El acceso al Registro Civil...», cit., pp. 302-304), para quien al analizar si la GS vulnera en el caso concreto el OP internacional español, el interés superior del niño aflora con toda su intensidad y puede llegar a desplazar el rigor del artículo 10 LTRHA. En el mismo sentido también se había pronunciado BLANCO-MORALES LIMONES, «¿Y tú de quién eres? ...», cit., pp. 22-24.

⁸⁵ *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Reconocimiento de la filiación...», cit., pp. 82 y 83.

⁸⁶ *Vid.*, entre otros, los casos *Re L (A Minor)* [2011] 1 FLR 1423 y *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2009] 1 FLR 733. Según LAMM, esta jurisprudencia ha abierto la puerta a la GS comercial o lucrativa en Reino Unido: *Gestión por sustitución...*, cit., pp. 141-142.

⁸⁷ DE TORRES PEREA, J. M., «Aplicación de cláusulas generales en el derecho de familia ¿una nueva vía para la creación jurisprudencial del Derecho?», en Díez-PICAZO, L. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. II, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 3555-3576.

⁸⁸ ROCA I TRIAS, E., «El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado» (contestación al discurso de ingreso de la Dra. Alegría Borràs a la *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*), *RJC*, 4/1994, pp. 969-990, en p. 975.

social como normativa del interés del menor, a un abuso del término y del concepto⁸⁹.

La sentencia objeto de comentario pone especialmente de manifiesto las consecuencias negativas de recurrir a conceptos jurídicos indeterminados tales como el «orden público internacional», el «principio del favor filii» o el propio interés del menor para otorgar validez o no a situaciones nacidas en otros países en donde dichas situaciones son perfectamente legales⁹⁰. Así, las divergencias alrededor del concepto «interés superior del menor» pueden observarse, sin ir más lejos, entre esta sentencia y la Resolución de la DGRN de la que trae causa; entre los distintos autores que la han analizado⁹¹; entre esta sentencia y las dictadas por el TEDH respecto de los dos casos franceses en los que declara por unanimidad la eficacia, en materia de filiación, de sendos acuerdos de GS celebrados en EE. UU.⁹²; como también entre la propia sentencia y las otras dos del mismo órgano sobre doble maternidad derivada del recurso a TRA, que ya han sido objeto de análisis. En relación con este último punto, el recurso al interés del menor que lleva a cabo la mayoría de la Sala 1.^a del TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014 adolece de cierta incoherencia si se confronta con el resultado que alcanza la mayoría en la sentencia de 15 de enero de 2014 y, muy en especial, en la de 5 de diciembre de 2013, según la cual «(...) la protección integral de los hijos ante la Ley (...) no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encar-

⁸⁹ DE LA VÁLGOMA, M., *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*, Ariel, Barcelona, 2013, pp. 137-161.

⁹⁰ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ; CARRIZO AGUADO, «Tratamiento legal...», cit., p. 65.

⁹¹ A favor de la tesis de la mayoría del TS porque «ha expuesto con fundadas razones el valor que puede tener el interés superior del menor en un caso de determinación de la filiación especialmente delicado», *vid.* QUICIOS MOLINA, «¿Cómo puede determinarse...», cit., pp. 628-629. En sentido similar, también a favor de esta línea jurisprudencial, *vid.* FULCHIRON, H.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «L'Ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille», *Rev. crit. DIP*, 103 (3), 2014, pp. 531-558; y GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15-16 (nota 7). En la misma línea, aunque más basado en razones ideológicas, *vid.* MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F., «La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 18/2014 (*Las fronteras del Derecho biosanitario*), pp. 289-329. En contra, *vid.* HEREDIA CERVANTES, «El Tribunal Supremo...», cit., e «Inscripción de relación de filiación...», cit., pp. 212-213; DURÁN AYAGO; BLANCO-MORALES LIMONES, «Los vientres de alquiler», cit., p. 2; y MARÍN PEDREÑO, C.; MARFIL, J. A., «Surrogacy in Spain: reality v legality», *International Family Law*, June 2014, pp. 100-102.

⁹² Al respecto, *vid.*, el punto 4 del presente apartado.

gado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó (...)» (FD 3.2). El análisis conjunto de las tres sentencias permite constatar que el interés del menor es, en realidad, un recurso ambivalente.

Puesto que en el caso no había constancia de cuál de los dos recurrentes era el padre biológico de los menores, si es que alguno lo era, el TS insta al ministerio fiscal a ejercitar las acciones pertinentes para determinar, en la medida de lo posible, su correcta filiación, tomando en cuenta su efectiva integración en un núcleo familiar *de facto* y la ruptura de todo vínculo con la gestante. Con ello, el TS hace una remisión a la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, en los términos del artículo 10.3 LTRHA, y a la adopción respecto del otro recurrente. Este criterio, además de ignorar la realidad social⁹³, acaba conduciendo, por una vía más gravosa, a la misma solución que demandaban los recurrentes, por lo que resulta insatisfactoria para los ciudadanos españoles que acceden en la actualidad a la GS y, lo más importante, para los menores implicados. Si la opción que ofrece a los recurrentes la mayoría de la Sala pretende, en último término, garantizar el interés superior de aquéllos, ¿por qué la mayoría no tiene en cuenta este mismo interés cuando se trata de reconocer efectos en España al acuerdo de GS celebrado en el extranjero? Puesto que el interés del menor parte de su proyección hacia futuro⁹⁴, resulta especialmente sorprendente que en el caso que nos ocupa el TS articule una vía alternativa y más gravosa para alcanzar su protección y no proteja su interés de forma inmediata en el caso concreto. Ésta es precisamente la solución que ha alcanzado el TEDH en los casos franceses que son objeto de análisis en el punto 4 de este apartado, en los que ha vinculado el reconocimiento de la filiación de las menores respecto de sus padres comitentes con el derecho a la identidad de las niñas. Esta solución plasma, con buen criterio, que el interés del menor, percibido como el derecho a una identidad conforme a lo vivido, ha de constituir el hilo conductor de toda reflexión en materia de filiación⁹⁵.

⁹³ Como ya advertía en 2010 BLANCO-MORALES LIMONES («¿Y tú de quién eres?...», cit., p. 22), «(...) la prohibición, acompañada o no de sanciones, no impide ni impedirá el nacimiento de niños mediante úteros de alquiler. La solución legal vigente en España, *madre es la que pare*, no resuelve los conflictos. Es más, puede dar lugar a situaciones insólitas, al considerarse en España madre a la mujer que gestó y parió al niño en un país donde la maternidad subrogada está permitida y al amparo de cuyo Derecho no tiene ningún vínculo con el niño que alumbró.»

⁹⁴ ROCA I TRIAS, «El «interés del menor»...», cit., p. 976.

⁹⁵ TAMAYO HAYA, «Hacia un nuevo modelo de filiación...», cit., p. 315.

3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014

Al pronunciarse la sentencia analizada solo sobre el reconocimiento de una certificación registral extranjera, puede pensarse que las inscripciones de la filiación derivada del recurso a la GS que tengan su base en una resolución judicial, como exigía la Instrucción de la DGRN, a la que el TS ni tan siquiera alude, no tienen por qué verse amenazadas⁹⁶. Sin embargo, a mi modo de ver el concepto restrictivo de OP que maneja el TS también resulta incompatible con la Instrucción, por lo que *de facto* su eficacia igualmente podría verse afectada por la sentencia⁹⁷. En cualquier caso, y como medida preventiva, al menos tras la sentencia los consulados paralizaron las inscripciones de filiación de los nacidos mediante GS en el extranjero⁹⁸.

En su versión de 2011, que es la que se mantiene mientras no se introduzcan modificaciones antes de su entrada en vigor definitiva en julio de 2015, la NLRC guarda silencio sobre la realidad de la GS, por lo que el reconocimiento de resoluciones extranjeras podrá seguir haciéndose depender de la valoración de OP que todavía se exige para el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras [art. 96.2.2.º, letra *d*)] o de certificados de asientos registrales extranjeros [art. 98.1, letra *d*]]. En este contexto, nada impide que los operadores jurídicos sigan la misma línea restrictiva del TS al aludir al OP.

Ahora bien, visto el silencio que la NLRC guarda sobre la cuestión y la creciente demanda social de una respuesta⁹⁹, el 13 de junio de 2014 se remitió a las Cortes Generales el ya citado Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Entre otras medidas, el Proyecto introduce un apartado séptimo al artículo 44

⁹⁶ HEREDIA CERVANTES: «El Tribunal Supremo...», cit., e «Inscripción de relación de filiación...», cit., pp. 213-214.

⁹⁷ DE TORRES PEREA, J. M., «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor», *La Ley*, n.º 8281, 28.3.2014, pp. 1-17, en p. 9.

⁹⁸ «Justicia busca una solución legal para los bebés de “vientre de alquiler”», *El País*, 3.7.2014.

⁹⁹ Destaca, en esta línea, la actividad de «Son Nuestros Hijos», una asociación de familias en su mayoría homoparentales que ha impulsado una petición para permitir la inscripción en España de los nacidos en el extranjero mediante GS: «Más de 71.000 personas piden a Gallardón que permita registrar a los nacidos de “vientre de alquiler”», *La Ley*, n.º 8346, 3.7.2014 (LA LEY 157671/2014). Por su parte, la «Asociación por la Gestación Subrogada en España» ha apoyado una Iniciativa Legislativa Popular para su regulación: www.gestacionsubrogadaenespaña.es/4.htm.

NLRC, dirigido a otorgar efectos en España a la GS realizada en el extranjero¹⁰⁰. Si bien su redacción sigue sin referirse a la filiación derivada del recurso a la GS, la misma da a entender que será posible el reconocimiento de la celebrada en el extranjero si se aporta una resolución *judicial*, en la línea exigida por la citada Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, y el reconocimiento en España se lleva a cabo vía *exequátur*, procedimiento que la Instrucción consideraba residual frente a la posibilidad generalizada de reconocimiento incidental¹⁰¹. Además de la exigencia de *exequátur*, sorprende que se exija resolución judicial cuando la propia NLRC, con carácter general, no solo prevé la posibilidad de reconocer resoluciones judiciales extranjeras [art. 96.2.2.º, letra *d*)], sino también de certificados de asientos registrales extranjeros [art. 98.1, letra *d*)]. De mantenerse, dicha limitación entraría en conflicto con la doctrina reciente del TEDH en relación con los casos franceses que se exponen en el apartado siguiente y en los que la inscripción de la filiación tenía su base en certificaciones de nacimiento estadounidenses. Esta objeción podría salvarse si se tuviera en cuenta la relación de causa-efecto, que en estos casos hace a la sentencia inseparable de los documentos administrativos¹⁰². Ello justificaría que el artículo 98.2 NLRC prevea, para «el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa», que «será ésta el título que tenga acceso al Registro» y remita, a tal fin, al reconocimiento de resoluciones judiciales previsto en el artículo 96.

La fuerte oposición mostrada por las familias afectadas a la propuesta de modificación de la NLRC, en especial por lo que respecta a la exigencia de *exequátur* y de inscripción del nombre de la

¹⁰⁰ «En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. *En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur.*». El último inciso del precepto, que resalto en cursiva, parece referirse a los supuestos de GS realizada en el extranjero. Más ininteligible resulta su primer inciso, que parece dar a entender que los ciudadanos extranjeros que llegan a España y pretenden reconocer aquí la filiación derivada de una GS que puede ser legal en su país de origen no obtendrán el reconocimiento. Si en realidad la norma limitara su aplicación a estos casos, lo que no parece derivarse del inciso siguiente («En cualquier otro caso»), la aplicación práctica del precepto sería mínima. La inclusión de dicha modificación fuera del título de la Ley relativo a las normas de derecho internacional privado también ha sido objeto de críticas: *vid.* HEREDIA CERVANTES, «Inscripción de relación de filiación...», cit., p. 214.

¹⁰¹ Esta solución ya ha sido objeto de crítica por las familias, que exigen un procedimiento administrativo, no judicial: «Justicia busca una solución legal...», cit. en nota 98.

¹⁰² QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna...», cit., p. 13.

gestante, así como la repercusión de las dos SSTEDH que condenan a Francia y que son objeto de comentario en el siguiente apartado, motivaron que el 11 de julio de 2014 la DGRN emitiera un informe declarando la plena vigencia de la Instrucción de este mismo órgano de 5 de octubre de 2010, «sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello», y «con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica»¹⁰³. Precisamente para evitar en todo caso el recurso al procedimiento de exequátur, el proyectado artículo 44.7 NLRC ya cuenta con una enmienda de modificación que únicamente lo exige cuando la resolución judicial extranjera no tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria¹⁰⁴.

¹⁰³ El Informe de la DGRN puede consultarse, extractado, en la web del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de León. El Gobierno español está estudiando fórmulas legales para aplicar la reciente doctrina del TEDH en esta materia: «Justicia busca una solución legal...», cit. en nota 98; «Los nacidos por maternidad subrogada serán inscritos en el Registro Civil», *La Ley*, n.º 8354, 15.7.2014 (LA LEY 166443/2014); y «Catalá anuncia la inscripción de los nacimientos por vientre de alquiler en el Registro Civil», *La Ley*, n.º 8441, 15.12.2014 (LA LEY 287799/2014).

¹⁰⁴ *En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur.*

No obstante, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el Encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la mujer gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la mujer gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

En cualquier otro caso, se consignará la filiación materna correspondiente a la mujer gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la mujer gestante sobre dicha filiación; si la mujer gestante estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación.

En todo caso, respecto de las adopciones internacionales se aplicará lo dispuesto en el apartado anterior.

Con carácter general, el artículo 12 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria (BOCG n.º 112-1, de 5.9.2014) regula los efectos en España de los expedientes y actos de

No deja indiferente que una ley de nuevo cuño como la NLRC, que ya prevé mecanismos para reconocer cualquier decisión extranjera si cumple los requisitos de los citados artículos 96 y 98, articule un mecanismo específico de reconocimiento de los acuerdos de GS que una norma interna (art. 10 LTRHA), que no ha sido objeto de reforma alguna, todavía considera nulos de pleno derecho.

4. ¿Y DESPUÉS DE MENNESSON Y LABASSE C. FRANCIA?

La determinación de la maternidad por el hecho del parto, a partir de la regla del artículo 10.2 LTRHA, no es coherente con su superación como único criterio de determinación de la filiación materna. No lo es cuando nuestras legislaciones ya contemplan criterios de determinación de la filiación derivada de las TRA basados en la voluntad, como sucede respecto del acceso de dos mujeres a las TRA (arts. 7.3 LTRHA y 235-8 y 235-13 CCCat)¹⁰⁵, ni tampoco cuando la gestante renuncia libremente a la filiación jurídica, a favor de una persona o pareja comitente.

Cada vez son más los países que permiten la celebración de acuerdos de GS en sus territorios, dentro de ciertos límites que divergen en función de cada ordenamiento¹⁰⁶. Conscientes de ello, y del auge cada vez mayor del mal llamado «turismo reproductivo», tanto el Parlamento Europeo¹⁰⁷ como la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado¹⁰⁸ están trabajando en la elaboración de pautas comunes que permitan a los menores gestados de esta forma disponer de unos padres legales y de un estatus

jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras, a través del reconocimiento incidental. A estos efectos se exige que la autoridad extranjera sea competente, que se respeten los derechos de defensa de los implicados y, en lo que aquí interesa (art. 12.3, letra c), que el reconocimiento no produzca «efectos manifiestamente contrarios al orden público español.» Este último inciso entra en conflicto con el artículo 44.7 NLRC en la redacción transcrita en el párrafo anterior, que nada prevé al respecto.

¹⁰⁵ Vid. también VERDERA SERVER, «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., pp. 261-262. En sentido similar, C. L. GARCÍA PÉREZ lamenta que no se valore en esta sede, aunque sí en otros ámbitos de la misma LTRHA, la «maternidad o paternidad social o de deseo»: «Comentario al artículo 10», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., pp. 353-394, en pp. 382-384.

¹⁰⁶ Dan buena cuenta de ello TRIMMINGS; BEAUMONT, *International Surrogacy...*, cit., y LAMM, *Gestación por sustitución...*, cit.

¹⁰⁷ Vid. *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*, 2013, pp. 1-17 (disponible on-line).

¹⁰⁸ Desde 2010 está trabajando en el proyecto *Problemas de derecho internacional privado sobre el estatus de los menores, incluidas las cuestiones derivadas de acuerdos internacionales de gestación por sustitución*, que ha dado lugar a varios informes preliminares disponibles en la página de la Conferencia (HCCH). Tras reunirse en 2014, la Conferencia decidió posponer hasta 2015 la constitución de un grupo de expertos.

civil claramente definidos, por la vía del reconocimiento de decisiones a nivel internacional¹⁰⁹.

Cuando afecta a países de la Unión, el no reconocimiento puede resultar contrario al derecho a la libre circulación (en este caso, del nacido) reconocido en el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la UE (antiguo art. 18 TCE)¹¹⁰. Al margen de este argumento, el TEDH ha instado al reconocimiento interno de la filiación derivada del recurso a la GS en el extranjero a partir de otra tesis acaso más relevante: la protección de los derechos de los menores implicados. Los casos *Menesson* (asunto n.º 65192/11) y *Labassee c. Francia* (asunto n.º 65941/11)¹¹¹, ambos resueltos el 26 de junio de 2014 y declarados firmes el 26 de septiembre del mismo año, tenían por objeto el estatus de dos gemelas gestadas por una mujer californiana y de una tercera menor gestada por otra mujer en el estado de Minnesota, respectivamente. En ambos casos los padres comitentes formaban parejas heterosexuales integradas por nacionales franceses residentes en Francia. En ellos, la sec. 5.ª del TEDH declaró por unanimidad que la negativa del Estado francés a reconocer el vínculo de filiación entre las menores y las parejas comi-

¹⁰⁹ Se muestra escéptico sobre esta posibilidad ENGEL, «Cross-Border Surrogacy...», cit., en DETHLOFF *et al.* (Eds.), *Family Law...*, cit., pp. 15-16.

¹¹⁰ En España, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, p. 495. También apunta a ello, basado en la mayoría de los trabajos que en los últimos tiempos analizan el método del reconocimiento en la UE, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Reconocimiento de la filiación...», cit., p. 88.

¹¹¹ Accesibles en varios idiomas, pero no en castellano, desde la base de datos del TEDH (HUDOC) (última consulta: 9.2.2015).

La sec. 2.ª del TEDH resolvió el pasado 27 de enero de 2015 un caso similar, aunque con unas connotaciones muy especiales que explican su distinta suerte: *Paradiso y Campanelli c. Italia* (asunto n.º 25358/12). Se trata de un caso más complejo que afecta a una pareja italiana que celebró un acuerdo de GS con una agencia rusa, por el cual una mujer de aquel país llevó a cabo la gestación de un bebé concebido a partir de gametos donados. En el certificado de nacimiento expedido en Rusia constaba que el menor era hijo de la pareja italiana. Sin embargo, una vez en Italia la Administración se negó a transcribir dicho certificado. Puesto que la pareja en cuestión no solo infringió la entonces vigente prohibición de recurrir a la fecundación heteróloga (art. 4.3 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*), declarada después inconstitucional por STC de 9 de abril de 2014, sino también la normativa en materia de adopción, un tribunal de menores declaró el abandono del menor y su adoptabilidad, en tanto que sus padres biológicos eran desconocidos y la pareja comitente no podía ser considerada como tal de acuerdo con la legislación italiana. Las sucesivas instancias judiciales italianas denegaron el acogimiento del menor por parte de la pareja comitente y con casi ocho meses aquél fue entregado a los servicios sociales y declarado en situación de acogimiento, impidiéndose todo contacto entre el niño y la pareja comitente. Más de un año después, el menor fue acogido por una familia, a la espera de ser adoptado. El TEDH considera que existió una vulneración en la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y juzga desproporcionada la solución adoptada por las autoridades italianas. En este punto es especialmente relevante la afirmación del Tribunal, según la cual: «(...) la referencia al orden público no puede convertirse en una carta blanca que justifique cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al Estado, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo (...)» (FD 80). (Trad. de la autora, de la versión oficial en francés.) El TEDH acabó condenando al estado italiano al pago de 20.000 euros a la pareja recurrente, por el daño moral causado.

tentes es contraria al derecho de las primeras al respeto por su vida privada, protegida por el artículo 8 CEDH y vinculada con la identidad¹¹².

El Estado francés, primero en sede administrativa y luego judicial, impidió que los acuerdos de GS fueran ejecutados en Francia y, por tanto, que la filiación de las menores fuera reconocida, apelando al OP internacional francés y a la contrariedad al principio de indisponibilidad del cuerpo humano de estos acuerdos. El TEDH consideró que la afectación en la identidad de las menores por parte del Estado francés, que se traduce en extremos aparentemente tan remotos como la imposibilidad de heredar si quienes actúan como sus padres no lo prevén en testamento, era contraria al interés de las menores al exceder del amplio margen de apreciación de que gozan los estados en materias tan sensibles y faltas de consenso como ésta, por lo que Francia fue condenada al pago de una indemnización de 5.000 euros por el daño moral causado a cada una de las tres menores implicadas¹¹³.

La principal diferencia que se observa entre los fallos del TEDH y el del TS en la sentencia ya analizada de 6 de febrero del mismo año es el valor que otorgan al interés superior del menor: mientras que el TEDH lo sitúa por encima del OP internacional francés, el TS español otorga prevalencia al OP internacional español y por ello impide que el acuerdo de GS despliegue sus efectos en España. El mensaje del Tribunal europeo, reiterado en *Paradiso y Campanelli c. Italia*¹¹⁴, es claro: el interés superior del menor es un elemento prioritario en la definición del orden público.

¹¹² Las menores *Menesson* tenían catorce años y la menor *Labassee* trece cuando el TEDH dictó las sentencias. Desde poco después de su nacimiento en EE. UU. habían residido en Francia con sus padres comitentes. Las SSTEDH han sido comentadas y aplaudidas por HERRERA, M.; LAMM, E., «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar», *La Ley* (Buenos Aires-Argentina), n.º 122, 2.7.2014, pp. 1-8, en pp. 1 y 6-8.

¹¹³ Los recurrentes no lograron probar que la afectación en su vida familiar, causada por la falta de reconocimiento en Francia de su filiación respecto de las menores, fuera insuperable, ni que se les había impedido gozar de la misma en Francia. Por el contrario, y a diferencia de lo sucedido en *Paradiso y Campanelli c. Italia*, las dos familias habían podido regresar a Francia poco después de los nacimientos, convivían en circunstancias comparables a las de otras familias y nada sugería que las niñas corrieran el riesgo de ser separadas de los recurrentes por las autoridades francesas.

¹¹⁴ Accesibles en varios idiomas, pero no en castellano, desde la base de datos del TEDH (HUDOC) (última consulta: 9.2.2015).

La sec. 2.ª del TEDH resolvió el pasado 27 de enero de 2015 un caso similar, aunque con unas connotaciones muy especiales que explican su distinta suerte: *Paradiso y Campanelli c. Italia* (asunto n.º 25358/12). Se trata de un caso más complejo que afecta a una pareja italiana que celebró un acuerdo de GS con una agencia rusa, por el cual una mujer de aquel país llevó a cabo la gestación de un bebé concebido a partir de gametos donados. En el certificado de nacimiento expedido en Rusia constaba que el menor era hijo de la pareja italiana. Sin embargo, una vez en Italia la Administración se negó a transcribir dicho certificado. Puesto que la pareja en cuestión no solo infringió la entonces vigente prohibi-

¿Cuál podría ser la suerte del caso español en Estrasburgo? Si bien podría argumentarse que la remisión a la reclamación de la paternidad y a la adopción por parte de las autoridades españolas marca la diferencia con el caso francés y previene de una eventual condena al Estado español, no debe olvidarse, como ya he puesto de manifiesto en el apartado 2.2.4. del presente trabajo, que ésta constituye una solución «de segunda». El no reconocimiento de eficacia inmediata a estos acuerdos y el recurso, en su lugar, a una acción de paternidad seguida de la adopción comporta que durante un tiempo los menores sigan sin una filiación determinada, con todos los riesgos que ello implica.

En ambos fallos, el TEDH parece subrayar el vínculo biológico existente entre el padre comitente y las menores, lo que le permite vincular paternidad biológica con identidad y, por ende, con vida privada¹¹⁵. Ello plantea si el TEDH seguirá exigiendo este vínculo entre los menores concebidos de esta forma y al menos uno de los padres comitentes, aunque a juzgar por el FD 80 de *Paradise y Campanelli c. Italia*¹¹⁶, no parece que vaya a ser así. Se desconoce

ción de recurrir a la fecundación heteróloga (art. 4.3 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*), declarada después inconstitucional por STC de 9 de abril de 2014, sino también la normativa en materia de adopción, un tribunal de menores declaró el abandono del menor y su adoptabilidad, en tanto que sus padres biológicos eran desconocidos y la pareja comitente no podía ser considerada como tal de acuerdo con la legislación italiana. Las sucesivas instancias judiciales italianas denegaron el acogimiento del menor por parte de la pareja comitente y con casi ocho meses aquél fue entregado a los servicios sociales y declarado en situación de acogimiento, impidiéndose todo contacto entre el niño y la pareja comitente. Más de un año después, el menor fue acogido por una familia, a la espera de ser adoptado. El TEDH considera que existió una vulneración en la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y juzga desproporcionada la solución adoptada por las autoridades italianas. En este punto es especialmente relevante la afirmación del Tribunal, según la cual: «(...) la referencia al orden público no puede convertirse en una carta blanca que justifique cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al Estado, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo (...)» (FD 80). (Trad. de la autora, de la versión oficial en francés.) El TEDH acabó condenando al estado italiano al pago de 20.000 euros a la pareja recurrente, por el daño moral causado.

¹¹⁵ En ambos casos, dados los problemas de fertilidad de la mujer comitente, los embriones creados con óvulos de donante y espermia del integrante masculino de la pareja fueron gestados por una mujer norteamericana con fines comerciales

¹¹⁶ Accesibles en varios idiomas, pero no en castellano, desde la base de datos del TEDH (HUDOC) (última consulta: 9.2.2015).

La sec. 2.ª del TEDH resolvió el pasado 27 de enero de 2015 un caso similar, aunque con unas connotaciones muy especiales que explican su distinta suerte: *Paradiso y Campanelli c. Italia* (asunto n.º 25358/12). Se trata de un caso más complejo que afecta a una pareja italiana que celebró un acuerdo de GS con una agencia rusa, por el cual una mujer de aquel país llevó a cabo la gestación de un bebé concebido a partir de gametos donados. En el certificado de nacimiento expedido en Rusia constaba que el menor era hijo de la pareja italiana. Sin embargo, una vez en Italia la Administración se negó a transcribir dicho certificado. Puesto que la pareja en cuestión no solo infringió la entonces vigente prohibición de recurrir a la fecundación heteróloga (art. 4.3 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*), declarada después inconstitucional por STC de 9 de abril de 2014, sino también la normativa en materia de adopción, un tribunal de menores declaró el abandono del menor y su adoptabilidad, en tanto que sus padres biológicos eran desconocidos y la pareja comitente no podía ser considerada como tal de acuerdo con la legislación italiana. Las sucesivas instancias

si dicho vínculo existía en el caso resuelto por el TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014, aunque tras *Paradise* parece que ello deviene irrelevante. Asimismo, aunque en el caso español los recurrentes formaran una pareja del mismo sexo, no afectada por infertilidad en sentido médico, sino estructural¹¹⁷, ello tampoco debería ser motivo de distanciamiento respecto de la jurisprudencia del TEDH. Para las parejas gais la única posibilidad de tener un hijo en el marco de un proyecto parental común que tenga un vínculo biológico con uno de sus integrantes es la GS. Una vez las parejas heterosexuales pueden acceder a esta práctica, aunque sea en el extranjero, no se observa razón para impedirlo a las del mismo sexo. A juzgar por las reacciones en España tras las sentencias *Mennesson* y *Labassee*, parece que la realidad se acabará imponiendo¹¹⁸. Pese a ello, el TS, en su auto de 2 de febrero de 2015 que desestima el incidente de nulidad promovido por los recurrentes respecto a la STS de 6 de febrero de 2014, se desmarca conscientemente de los casos franceses, alegando que en ellos el estado francés no otorgó a las partes la posibilidad de determinar la filiación de los menores por la vía de la adopción y de la reclamación judicial, a diferencia del caso español. Tal vez claudicar y afrontar el reconocimiento en España de una práctica que es legal en el extranjero evita otra tarea sin duda más ardua como es abordar una regulación de la GS a nivel interno¹¹⁹. A favor del reconocimiento total de las situaciones válidamente constituidas en el extranjero existen

judiciales italianas denegaron el acogimiento del menor por parte de la pareja comitente y con casi ocho meses aquél fue entregado a los servicios sociales y declarado en situación de acogimiento, impidiéndose todo contacto entre el niño y la pareja comitente. Más de un año después, el menor fue acogido por una familia, a la espera de ser adoptado. El TEDH considera que existió una vulneración en la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y juzga desproporcionada la solución adoptada por las autoridades italianas. En este punto es especialmente relevante la afirmación del Tribunal, según la cual: «(...) la referencia al orden público no puede convertirse en una carta blanca que justifique cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al Estado, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo (...)» (FD 80). (Trad. de la autora, de la versión oficial en francés.) El TEDH acabó condenando al estado italiano al pago de 20.000 euros a la pareja recurrente, por el daño moral causado.

¹¹⁷ Al respecto, *vid.* CAHN, N. R., *Test Tube Families (Why the Fertility Market Needs Legal Regulation)*, NYUP, New York-London, 2009, pp. 134-135.

¹¹⁸ Así ha ocurrido en Alemania, cuyo TS, en sentencia de 10 de diciembre de 2014 (XII 713 463/13), considera que no vulnera el orden público alemán reconocer una relación de filiación constituida en California mediante GS si al menos uno de los comitentes aportó su material genético y la gestante no lo hizo. En el caso, la pareja también era, como en el caso español, una pareja de dos hombres.

¹¹⁹ Se evita así tener que afrontar cuestiones tan sensibles como, por ejemplo, la planteada recientemente en Tailandia, respecto de un niño concebido por GS y nacido con síndrome de Down que fue abandonado por una pareja comitente australiana que, sin embargo, sí se quedó con la hermana gemela del menor: «Calls for international surrogacy rules after Thai Down's case», *Family Law Week*, 4.8.2014.

también propuestas influyentes en países con aproximaciones similares a la española en esta materia, como es el caso de Francia¹²⁰.

IV. REFLEXIONES FINALES

1. NECESIDAD DE UNA REFORMA EN PROFUNDIDAD

Las cuestiones que suscita la filiación derivada del recurso a las TRA exigen un replanteamiento del sistema de filiación del Código civil, en relación con la LTRHA. Además del alcance excesivamente restrictivo de los artículos 7.3 y 10 LTRHA, las tres sentencias de la Sala 1.^a del TS analizadas en este trabajo dan cuenta, en general, de la obsolescencia de un sistema pensado para la filiación por naturaleza, lo que se pone especialmente de manifiesto cuando quienes recurren a las TRA integran una pareja del mismo sexo. Estas sentencias, junto con las reformas puntuales que se suceden a base de legislar mediante instrucciones administrativas o de modificar textos legislativos con los que las medidas que se pretenden introducir apenas tienen conexión, generan inseguridad jurídica, a menudo en perjuicio de los menores cuya filiación se discute¹²¹. En este contexto, las tesis que abogan por una reforma legal que permita coordinar las reglas de filiación del Código civil y de la ley sobre TRA siguen estando de plena actualidad¹²². Sin embargo, ni el Antepro-

¹²⁰ Vid. el citado informe *Filiation, origines, parentalité* (2014), que parte del interés del menor concebido mediante GS en el extranjero a tener su filiación determinada en consideración a sus dos padres comitentes. El informe recomienda, además, que Francia participe en un instrumento internacional dirigido a garantizar que las gestantes no han sido explotadas: vid. pp. 185 y ss.

¹²¹ Como ya se había denunciado con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, sigue resultando preocupante que muchas de las soluciones adoptadas o que se pretenden adoptar a corto plazo respondan más bien a una suerte de legislación *ad hoc* para el caso concreto que a una forma de legislar pausada y meditada: vid. BENAVENTE MOREDA, «La filiación...», cit., pp. 122-123.

¹²² Vigente la LTRA de 1988, vid. MONTÉS PENADÉS, V., «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», en AA. VV., *La filiación...*, cit., pp. 171-200, en p. 197. Con especial atención a la situación en la que quedan los artículos 108 y 115 CC tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, vid. TOMÁS MARTÍNEZ, «El consentimiento...», cit., p. 2. Vid. también LAMM, E., «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, 24/2012, pp. 76-91, en pp. 89-90; INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, pp. 748-750; GARCÍA VICENTE, J. R., «La filiación», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, pp. 39-134, en p. 41; y VERDERA SERVER, «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., p. 252. Este último propone, además, que el artículo 113 CC incluya los consentimientos a la aplicación de las TRA entre las diferentes formas de acreditar la filiación. Esta es la opción seguida por el legislador catalán al aprobar el Libro segundo del Código civil, cuyo artículo 235-3 establece que la

yecto de Ley de protección a la infancia, aprobado por el Gobierno el 25 de abril de 2014, ni el citado Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, abordan esta cuestión.

De los artículos 7 y 8 LTRHA se desprende que el aspecto esencial para la atribución definitiva de la filiación derivada del acceso a TRA es la voluntad de las partes del proyecto parental, formalizada a través de los consentimientos exigidos legalmente¹²³. Con ello, el origen del material genético se sitúa en un segundo plano, con la única excepción de la fecundación *post mortem*, en que el elemento volitivo siempre debe ir acompañado del genético, como se desprende del artículo 9 LTRHA¹²⁴.

La primacía de la voluntad, que se formaliza a través del consentimiento y encuentra su máxima expresión en el proyecto parental común, permite distinguir esta forma de filiación de la adoptiva, en que si bien la voluntad de los adoptantes también es decisiva, no abarca la decisión de crear un ser, por lo que el consentimiento a la

filiación por naturaleza, con relación al padre y a la madre puede establecerse, entre otros mecanismos, *por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer*. El Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, justifica dicha opción en los términos siguientes: «(...) Como la posibilidad de que la maternidad de la esposa o compañera que consiente la fecundación asistida de la que será la madre biológica se determine directamente afecta a los medios de determinación de la filiación, ha sido preciso añadir el consentimiento para la procreación asistida a la lista de títulos de atribución de la filiación (...)». El artículo 562 del recientemente aprobado Código civil y Comercial de la Nación argentino (*vid.* nota 3) también incorpora la voluntad procreacional, manifestada mediante el consentimiento a las TRA inscrito en el RC, como título de determinación de la filiación.

¹²³ En relación con el artículo 92 del derogado Código de familia catalán, que hoy encuentra continuidad en el artículo 235-8.1 CCCat, E. ROCA ya afirmaba que en la filiación asistida, el principio para atribuir la paternidad deja de ser la biología y pasa a ser la voluntad: ROCA I TRIAS, «Comentari a l'article 92 CF», en EGEA I FERNÁNDEZ, J.; FERRER I RIBA, J. (Dirs.); LAMARCA I MARQUÈS, A.; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 438-443, en p. 439.

¹²⁴ Pese a la terminología no neutra que desde el punto de vista de género utiliza el precepto para referirse a la persona que puede consentir a que su material reproductor sea utilizado *post mortem* («marido» y «varón no unido por vínculo matrimonial»), con eficacia en materia de filiación, desde la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA una mujer casada con otra mujer debería poder prever la utilización de sus óvulos con carácter póstumo, por parte de su pareja. En estos casos, no existe el obstáculo legal al que se enfrenta el hombre superviviente en una relación heterosexual, que solo puede recurrir a la GS (art. 10 LTRHA). Sin embargo, ni el legislador estatal ni el catalán han tenido en cuenta este supuesto: pese a la posibilidad de determinar la filiación derivada del recurso a TRA a favor de dos mujeres, casadas o no, los artículos 235-8.2 y 235-13.2 CCCat siguen haciendo referencia a la muerte del «marido» o del «hombre que convive con la madre». Una autora justifica esta limitación en que la regulación vigente de la fecundación *post mortem* solo se prevé para el caso en que el material reproductor proceda de ambos cónyuges o convivientes, fallecido y superviviente, sin que en ningún caso se permita aquella en que intervenga esperma de un donante: RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *Reproducción artificial "post mortem". Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 16-18.

adopción se presta con posterioridad al nacimiento¹²⁵. En la filiación derivada del acceso a TRA, la posibilidad de expresar la voluntad con carácter previo al nacimiento aleja esta modalidad de la filiación adoptiva y de otras formas de determinación de la filiación más propias de la filiación por naturaleza, tales como el reconocimiento, y la convierte en una categoría autónoma¹²⁶.

Ninguna reforma en este ámbito puede obviar la trascendencia que tiene la voluntad previa al nacimiento en la determinación de la filiación derivada del recurso a TRA. En este contexto, la expresión, en documento sanitario, del consentimiento a la técnica que debe llevarse a cabo es más coherente con la idea de proyecto parental que debe presidir esta clase de filiación. El consentimiento se convierte así en la vía de canalización de la voluntad, título autónomo de determinación de la filiación y único elemento configurador de la misma cuando no existe vínculo biológico entre el concebido mediante el recurso a TRA y la persona que consiente a su filiación. La expresión de la voluntad a través de un consentimiento formal incorpora mayores garantías de seguridad jurídica, puesto que facilita la prueba.

En último término, esta propuesta se alinea con las tesis que consideran que la filiación derivada del recurso a TRA es, por sus peculiaridades, una clase autónoma de filiación que, como tal, funciona con sus propios criterios y se rige por sus propias reglas. La propuesta también guarda coherencia con el peso cada vez mayor que los tribunales españoles y extranjeros otorgan a la voluntad y, con ella, al interés superior del menor para determinar la filiación derivada del recurso a TRA.

2. LA FILIACIÓN DERIVADA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: VOLUNTAD Y BIOLOGÍA (EN ESTE ORDEN)

El consentimiento en el contexto de la reproducción asistida desempeña un papel doblemente relevante, puesto que es requisito para la aplicación de la técnica y fundamento para la constitución

¹²⁵ Además, en la adopción la filiación se establece por resolución judicial y está sometida al principio del interés del adoptado: *vid.* BARBER CÁRCAMO, *La filiación...*, cit., p. 135.

¹²⁶ De «tertium genus» la calificó en su día RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La investigación...», en AA. VV., *La filiación...*, cit., p. 227. En el mismo sentido, en la misma obra, *vid.* también MONTÉS PENADÉS, «El consentimiento...». Más recientemente, *vid.* LAMM, E.: *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Universitat de Barcelona, 2008, pp. 19-20, y «La importancia de la voluntad procreacional...», cit., pp. 86-90; y RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La filiación en el Derecho Civil de Cataluña», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, T-VII, cit., pp. 335-477.

de la relación de filiación que pueda resultar. Una de las cuestiones más complejas que deben abordarse en relación con esta última consecuencia es la de si la filiación resultante del acceso a las TRA, practicadas sin el consentimiento legalmente requerido o conteniendo éste defectos formales o vicios, puede ser impugnada o reclamada cuando, pese a la falta de consentimiento o a la existencia de defectos en el mismo, hay correspondencia biológica entre el nacido y la persona cuya paternidad o maternidad se discute. En hipótesis el legislador puede diseñar un sistema de atribución de la filiación derivada del recurso a las TRA poniendo el acento exclusivamente en el elemento volitivo, en el elemento genético o incluso requiriendo la necesaria presencia de ambos¹²⁷.

A mi juicio, el fundamento de la filiación derivada del recurso a TRA es la voluntad de quien asume dicha filiación, de modo que si la misma no consta en forma expresa pero puede probarse que existió aportación de material genético por parte de quien no puede ser calificado como un mero donante de acuerdo con la legislación española (arts. 5 y 8.3 LTRHA), en la mayoría de casos podrá deducirse que existió, al menos, un consentimiento tácito a la posible filiación resultante. Tanto en las parejas formadas por un hombre y una mujer, como en las formadas por dos mujeres, la aportación voluntaria y no anónima del propio material genético en el marco de un proyecto parental no necesariamente formalizado a través del matrimonio o, lo que es lo mismo, el acceso conjunto a un tratamiento, debería ser un criterio concluyente para los tribunales habida cuenta de la facilidad de acreditación del acceso a las TRA en un centro de reproducción asistida, en especial mediante la firma de los consentimientos que estos centros facilitan¹²⁸. Ahora bien, es competencia exclusiva del legislador (y no de los tribunales) delimitar cuáles deben ser los criterios para la determinación extrajudicial de la filiación en estas circunstancias y, en su caso, abrir la puerta a las acciones judiciales, inicialmente pensadas para la filiación por naturaleza, en la que tienen verdadera razón de ser dada la relevancia del elemento genético para su determinación. Esta necesidad de autorización legislativa no es extraña en el contexto de la filiación derivada del recurso a TRA: el artículo 8.2 LTRHA, una vez explicitada la

¹²⁷ VERDERA SERVER, «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., p. 223.

¹²⁸ El TS de California ya adoptó un criterio similar hace una década, al decidir tres conflictos surgidos tras la ruptura entre dos mujeres. Con independencia del sexo de los progenitores y del origen del material genético, afirmó el Tribunal, el hecho de compartir el proyecto de engendrar hijos y de tratarlos como propios en el marco de la relación de pareja, conlleva la atribución de la maternidad legal, lo que protege el interés superior del menor: FARNÓS AMORÓS, E.; GARRIGA GORINA, M., «¿Madres? Pueden ser más de una. Tres casos recientes de la *Supreme Court* de California», *InDret*, 4/2005, pp. 1-7.

forma extrajudicial de determinación de la paternidad respecto del hombre no casado con la madre, afirma que «Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad». Mientras el legislador no dé este paso en relación con el supuesto que prevé el artículo 7.3 LTRHA, las acciones de reclamación e impugnación de la filiación han de considerarse ajenas al mismo.

La posibilidad de inferir un consentimiento tácito a la filiación derivada del recurso a TRA con gametos de la pareja no solo impediría su impugnación en el marco de una pareja heterosexual, sino también en el marco de una pareja de dos mujeres que recurrió a la técnica ROPA. La cuestión no es trivial, puesto que los problemas jurídicos asociados a la doble maternidad derivada del recurso a TRA no solo se han planteado ante los tribunales españoles, como ya se ha advertido, en forma de acciones de reclamación ejercitadas por la mujer no gestante una vez rota la relación con la madre, sino también en forma de acciones de impugnación ejercitadas por esta última para que su ex pareja dejara de ostentar el rol legal de madre respecto del hijo o hijos comunes¹²⁹.

Los únicos supuestos dudosos, en realidad «casos límite», serían los de falta absoluta de consentimiento y presencia de vínculo genético, en los que se pueda demostrar que los gametos fueron transferidos a la receptora de forma totalmente incontestada por su «titular»¹³⁰.

¹²⁹ Vid. las SSAP, 4.ª, de Islas Baleares de 5.12.2012 (AC 2013/76) y 31.3.2014 (AC 654), la primera de ellas comentada por PANIZA FULLANA, A., «Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 4/2013, pp. 1-5 (BIB 2013/1475). En el primer caso se planteaba la impugnación de la filiación de un menor concebido a partir del recurso a inseminación artificial y determinada a favor de la ex esposa mediante declaración ante el Encargado del RC efectuada con posterioridad al nacimiento, el mismo día en que éste se inscribió y en el que ambas mujeres contrajeron matrimonio. La AP considera que el consentimiento no reúne los requisitos necesarios para su eficacia y admite la impugnación de la filiación. Esta sentencia pone de manifiesto las nefastas consecuencias a las que puede conducir una regla tan rígida como la del vigente artículo 7.3 LTRHA, que planteará todavía más dudas en aquellos casos en los que, para poder participar del proyecto parental, la mujer no gestante aporta sus óvulos para la fecundación. Para una crítica de la sentencia, a mi parecer acertada, desde el punto de vista de los actos propios, *vid.* BARBER CÁRCAMO, «Doble maternidad legal...», *cit.*, pp. 122-123. Contrariamente, en el segundo de los casos citados la AP impide que prospere la acción de impugnación porque la mujer no gestante sí había cumplido con los requisitos del artículo 7.3 LTRHA. La AP descarta la existencia de vicios del consentimiento, como pretendía la actora y recurrente y, por el contrario, considera «un dato revelador de la voluntad de ambas de formar una familia y de que los hijos que tuvieran cada una de ellas tuvieran vínculos de parentesco, la reserva de semen del mismo donante, puesto que así tendrían hijos del mismo padre» (FD 3).

¹³⁰ Se trataría de casos de gametos «robados» como los que describo en mis trabajos *Consentimiento a la reproducción asistida...*, *cit.*, pp. 95 y 98-99, y «Comentari a l'art. 235-28», en EGEA; FERRER (Dir.); FARNÓS (Coord.), *Comentari al llibre segon...*, *cit.*, pp. 668-674, en pp. 672-673. En estos casos, si la acción de reclamación se ejercitara temporáneamente una posibilidad sería que se determinara la filiación, aunque con eficacia limitada si así se solicita (art. 235-14 CCCat), sin perjuicio de las posibles sanciones por la omisión de los consentimientos legales y de las posibles acciones de reparación del daño

A modo de cierre del sistema, en aquellos casos en que el consentimiento a las TRA se expresó en los términos legales y se recurrió a la fecundación heteróloga o sin base biológica, la filiación resultante tan solo debería poder ser impugnada si se llegara a demostrar que el nacimiento no resulta del acceso a TRA sino, por ejemplo, de las relaciones sexuales de la receptora con persona diferente de la que consintió a la TRA. De la misma manera, procedería la impugnación cuando se otorgó consentimiento a la filiación derivada de TRA homólogas, incluido el recurso a la técnica ROPA en una pareja de dos mujeres, y con posterioridad se demuestra que el nacido fue concebido a partir de las relaciones sexuales con un tercero o con material genético de donante, ya sea en un centro de reproducción asistida, ya a partir de inseminación doméstica. Se trata, en puridad, de casos de consentimiento viciado, otorgado para un acto distinto, respecto de los cuales ya contamos con las acciones previstas en los artículos 138 y 141 CC y, en caso de ser de aplicación el derecho civil catalán, con la acción específica del artículo 235-27.3 CCCat. A estas acciones me he referido el apartado II.2.4 del presente trabajo.

En un contexto híbrido en el que la voluntad desempeña un papel esencial pero en el que la biología todavía ocupa un lugar, la legislación en materia de filiación debe ser capaz de acomodar estas distintas esferas¹³¹.

causado contra el otro progenitor y, en su caso, contra el centro que llevó a cabo la TRA en estas circunstancias. En esta misma línea *vid.* PANTALEÓN PRIETO, Á. F., «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la democracia* (Estudios), 5/1988, pp. 19-36, en pp. 23-24; y DÍAZ ROMERO, M. R., «Técnicas de reproducción asistida y filiación», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2012, pp. 1665-1714, en p. 1679.

¹³¹ *Vid.*, al respecto, SCHWENZER, I., «Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage», en SCHWENZER, I. (Ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 1-26, en p. 11; SINGER, A., «Between genetic and social parenthood-A legal dilemma: Establishment of legal parenthood in Sweden», en VON SPICKHOFF, A. *et al.* (hrsg.), *Streit um die Abstammung: ein europäischer Vergleich*, Bielefeld, Giesecking, 2007, pp. 139-148, en p. 148; y FERRER RIBA, «Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad», *RJC*, 3/2006, pp. 109-136, en p. 136. En el contexto europeo, el reciente informe francés *Filiation, origines, parentalité...*, *cit.*, incide en la distinción entre «filiación» y «órigenes» respecto de los concebidos a partir del recurso a TRA heterólogas. En la jurisprudencia, el caso *Anayo c. Alemania*, resuelto por la sec. 5.ª del TEDH el 21.12.2010 (JUR 410022), reconoció la respectiva relevancia a la parentalidad legal y a la biológica al garantizar al padre biológico, alejado de unos gemelos nada más nacer, el establecimiento de relaciones personales con los mismos, a pesar de que su filiación ya se había determinado, de modo irrevocable, a favor del marido de la madre. Sin inferir en el margen de apreciación del Estado alemán en materia de filiación, el TEDH tuvo muy en cuenta los esfuerzos llevados a cabo por el recurrente antes y después del nacimiento para establecer contacto con los menores, así como el interés superior de éstos (FFDD 67-71). En España, la Sala 1.ª del TS, en sentencia de 20.11.2013 (RJ 7824), dadas las circunstancias especialmente graves del caso, acabó concediendo la guarda y custodia de una menor a quien fue considerado su padre hasta que el mismo impugnó con éxito su paternidad. Según la propia Sala, «(...) El interés superior real, y no simplemente abstrac-

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALES URÍA ACEVEDO, M. M.: *El derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Comentario a la SAP, sec. 10.^a, Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (AC 2011/1561)», *REDI*, 2012-2013-Pr., pp. 213-216.
- «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en FORNER DELAYGUA, J.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.; VIÑAS FARRÉ, R. (Coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, pp. 77-90.
- «Filiación natural y filiación adoptiva. Aspectos internacionales», en GETE-ALONSO y CALERA, M. del C. (Dir.); SOLÉ RESINA, J. (Coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, T-I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 413-468.
- «3.2. Filiación», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVI, 2/2014, pp. 273-277.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.; CARRIZO AGUADO, D.: «Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?», *La Notaria*, 2/2014, pp. 59-75.
- ARECHEDERRA, L.: «Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la ley. La doble vertiente del principio constitucional de libre investigación de la paternidad», en Díez-PICAZO, L. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. I, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 371-386.
- ATIENZA, M.: «De nuevo sobre las madres de alquiler», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 27, 13.10.2009 (*disponible on-line*).
- BARBER CÁRCAMO, R.: «Nuevos retos ante el derecho español de filiación», *RDP*, julio-agosto 2009, pp. 3-47.
- «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, 8/2010, pp. 25-37.
- *La filiación en España. Una visión crítica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *DPC*, 28/2014, pp. 93-136.
- BENAVENTE MOREDA, P.: «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, pp. 75-124.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): «Paradojas de la vida», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 3/2014, pp. 1-4 (BIB 2014/1533).
- *Comentarios al Código Civil*, 4.^a ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P.: «¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia», *Lección inaugural curso académico 2010/2011*, Universidad de Extremadura, 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (*ponencia inédita*).
- CAHN, N. R.: *Test Tube Families (Why the Fertility Market Needs Legal Regulation)*, NYUP, New York-London, 2009.

to de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés (...) Y es lo cierto que tal menor ha permanecido con el recurrente largo tiempo, (...)» (FD 3).

- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «La filiación en el derecho internacional privado», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, T-V, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 487-505.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «La “comaternidad”: matrimonio entre mujeres y filiación», en LÓPEZ DE LA CRUZ, L.; OTERO CRESPO, M. (Coords.); GARCÍA RUBIO, M. P.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 423-450.
- «Copaternalidad y matrimonio entre hombres y derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada por razones de igualdad», *RDP*, julio-agosto 2014, pp. 3-27.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J. J. (Coord.): *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- CURRY-SUMMER, I.; VONK, M.: «Dutch co-motherhood in 2014», en ATKIN, B. (General Ed.), *The International Survey of Family Law. 2014 Edition*, Jordan Publishing Ltd., Bristol, 2014, pp. 361-376.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida», *DPC*, 21/2007, pp. 75-129.
- «Comentario a la sentencia de la Sala 1.^a del TS de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011/3280)», *CCJC*, 88/2012, pp. 425-449.
- «Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 10/2014, pp. 1-9 (BIB 2014/244).
- DÍAZ ROMERO, M. R., «Técnicas de reproducción asistida y filiación», en Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2012, pp. 1665-1714.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): *Comentarios al Código Civil*, Lex nova, Valladolid, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil, Vol. IV (Tomo I), Derecho de familia*, 11.^a ed., Tecnos, Madrid, 2012 (reimpr. 2013).
- DURÁN AYAGO, A.: «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 265-308.
- DURÁN AYAGO, A.; BLANCO-MORALES LIMONES, P.: «Los vientres de alquiler» (La cara y la cruz), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 881, 20.3.2014, p. 2.
- EGEA I FERNÁNDEZ, J.; FERRER I RIBA, J. (Dirs.); LAMARCA I MARQUÈS, A.; RUI-SÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (Coords.): *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J. (Dirs.); FARNÓS AMORÓS, E. (Coord.): *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014.
- ENGEL, M.: «Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?», en DETHLOFF, N. et al. (Eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Antwerp, 2014, pp. 1-22 (disponible on-line).
- FÁBREGA RUIZ, C. F.: *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1999.
- FARNÓS AMORÓS, E.: «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 1/2010, pp. 1-25.

- *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.
- «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos», *Derecho de Familia*, 49/2011, pp. 153-181.
- «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain», *International Family Law*, 1/2013, pp. 68-72.
- FARNÓS AMORÓS, E.; GARRIGA GORINA, M.: «¿Madres? Pueden ser más de una. Tres casos recientes de la *Supreme Court* de California», *InDret*, 4/2005, pp. 1-7.
- FERRER RIBA, J.: «Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad», *RJC*, 3/2006, pp. 109-136.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S.: «Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de la SSTS de 5.12.2013 y 15.1.2014», *InDret*, 1/2015, pp. 1-35.
- FULCHIRON, H.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille», *Rev. crit. DIP*, 103(3) juillet-septembre 2014, pp. 532-558.
- GARCÍA VICENTE, J. R.: «La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su *dies a quo* de ejercicio», *DPC*, 15/2001, pp. 107-142.
- «La filiación», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, T-V, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 39-134.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: «La determinación de la filiación», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2012, pp. 1631-1664.
- HEREDIA CERVANTES, I.: «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», *ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. II, pp. 688-715.
- «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 54, 9.4.2014 (*disponible on-line*).
- «Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero», *CCJC*, 96/2014, pp. 177-214.
- HERRERA, M.; LAMM, E.: «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar», *La Ley* (Buenos Aires-Argentina), n.º 122, 2.7.2014, pp. 1-8.
- INIESTA DELGADO, J. J.: «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, T-V, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 735-860.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V.: «Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo», *Actualidad Civil*, 7-8/2014, pp. 1-26.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LAMM, E.: «Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual», *La Ley* (Buenos Aires-Argentina), n.º 1383, 20.9.2010, pp. 1-22.
- LAMM, E.: *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Universitat de Barcelona, 2008, pp. 1-223 (*disponible on-line*).
- «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, 24/2012, pp. 76-91 (*disponible on-line*).

- *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.
- LLOVERAS FERRER, M.: «Una ley civil para la transexualidad», *InDret*, 1/2008, pp. 1-16.
- MALHOTRA, A.; MALHOTRA, R.: «India. Surrogacy for single and unmarried foreign persons: a challenge under Indian Law», en ATKIN, B. (General Ed.), *The International Survey of Family Law. 2014 Edition*, Jordan Publishing Ltd., Bristol, 2014, pp. 165-179.
- MARÍN PEDREÑO, C.; MARFIL, J. A.: «Surrogacy in Spain: reality v legality», *International Family Law*, June 2014, pp. 100-102.
- MONTÉS PENADÉS, V.: «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», en AA. VV., *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso Mundial Vasco)*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 171-200.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F.: «La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 18/2014 (*Las fronteras del Derecho biosanitario*), pp. 289-329.
- NANCLARES VALLE, J.: «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 7/2008 (BIB 2008/578), pp. 1-22.
- NIETO ALONSO, A.: «El poder de autodeterminación de la mujer desde la perspectiva de los derechos de la salud sexual y reproductiva (anticoncepción de urgencia, interrupción voluntaria del embarazo [IVE] y reproducción humana asistida)», en LÓPEZ DE LA CRUZ, L.; OTERO CRESPO, M. (Coords.); GARCÍA RUBIO, M. P.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 637-679.
- PANIZA FULLANA, A.: «Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 4/2013, pp. 1-5 (BIB 2013/1475).
- PANTALEÓN PRIETO, Á. F.: «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la democracia* (Estudios), 5/1988, pp. 19-36 (*disponible on-line*).
- PARRÓN CAMBERO, M. J.: «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», *La Ley*, n.º 8269, 12.3.2014, pp. 1-5.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; SALVADOR CODERCH, P.: *Comentario del Código Civil*, T-I, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- PENNINGS, G.: «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Human Reproduction*, Vol. 19(12), 2689-2694.
- QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997.
- «¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz a un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida?», *CCJC*, 95/2014, pp. 609-630.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, pp. 1-42.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», en AA. VV., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en*

- materia de reproducció humana (II Congreso Mundial Vasco)*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 141-170.
- «Defecte formal del consentiment del convivent no casat per a la fecundació assistida i acció d'impugnació de paternitat (Comentari a la STSJC 44/2008, de 22 de desembre)», *Revista Catalana de Dret Privat*, 11-2010, pp. 225-243.
- «La filiación en el Derecho Civil de Cataluña», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, T-VII, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 335-477.
- ROCA I TRIAS, E.: «El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado» (contestación al discurso de ingreso de la Dra. Alegria Borràs a la *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*), *RJC*, 4/1994, pp. 969-990.
- *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: *Reproducción artificial "post mortem". Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ROMEO CASABONA, C. M.; PASLACK, R.; SIMON, J. W.: «Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European countries», *Rev Der Gen H*, 38/2013, pp. 15-42.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á.: «La feminización del derecho privado y las técnicas de reproducción asistida», en LÓPEZ DE LA CRUZ, L.; OTERO CRESPO, M. (Coords.); GARCÍA RUBIO, M. P.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 681-693.
- SCHWENZER, I., «Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage», en SCHWENZER, I. (Ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 1-26.
- SHENFIELD, F. *et al.*: «Cross border reproductive care in six European countries» (2010) 25(6) *Human Reproduction* 1361.
- SINGER, A., «Between genetic and social parenthood-A legal dilemma: Establishment of legal parenthood in Sweden», en VON SPICKHOFF, A. *et al.* (hrsg.), *Streit um die Abstammung: ein europäischer Vergleich*, Bielefeld, Gieseking, 2007, pp. 139-148.
- TAMAYO HAYA, S.: «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas», *Revista Digital Facultad de Derecho UNED*, 6/2013, pp. 261-316 (*disponible on-line*).
- THÉRY, I.; LEROYER, A-M.: *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère des affaires sociales et de la santé - Ministère délégué chargé de la famille, Paris, 2014, pp. 1-547 (*informe de grupo de trabajo, disponible on-line*).
- TOMÁS MARTÍNEZ, G.: «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil», *Actualidad Civil*, 7/2010 (LA LEY 1796/2010), pp. 1-27.
- DE TORRES PEREA, J. M.: «Aplicación de cláusulas generales en el derecho de familia ¿una nueva vía para la creación jurisprudencial del Derecho?», en DÍEZ-PICAZO, L. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. II, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 3555-3576.
- «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor», *La Ley*, n.º 8281, 28.3.2014, pp. 1-17.

- TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P. (Eds.): *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart, Oxford-Portland-Oregon, 2013.
- DE LA VÁLGOMA, M., *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*, Ariel, Barcelona, 2013.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- VEIGA, A.: *El milagro de la vida. De la fecundación «in vitro» a las células madre*, RBA, Barcelona, 2011.
- VERDERA SERVER, R.: «La filiación en el dret català: de la Compilació al Codi Civil», *RJC*, 4/2010, pp. 103-125.
- ZURITA MARTÍN, I.: «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres», *La Ley*, n.º 6427, 22.2.2006, pp. 1-6.

Conflicto entre normas civiles y canónicas en relación con la patria potestad*

MARÍA J. ROCA

Catedrática de Derecho eclesiástico
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Las diferencias de criterio entre los progenitores acerca de la educación religiosa de los menores (recepción de sacramentos, clases de religión, etc.), llegan a plantear conflictos. Se analizan en este trabajo en qué medida incide para la resolución del conflicto el régimen en que se encuentre el menor (acogimiento, patria potestad compartida pero no la custodia, custodia y patria potestad compartidas). La falta de claridad entre las facultades exclusivas de la patria potestad y las propias de la custodia hace que no sea tan relevante en la práctica si el menor está bajo patria potestad y custodia compartidas o si está bajo patria potestad compartida y custodia de uno de los progenitores. Lo verdaderamente relevante es si las medidas relativas al menor de la sentencia de nulidad, separación o divorcio de sus progenitores contemplaban o no alguna previsión acerca de su educación religiosa y moral, de los gastos que lleve consigo, y de si hay o no continuidad con la educación recibida hasta el momento. Asimismo, se pondera la edad a partir de la cual se deberá respetar la libertad del menor, como titular del derecho de libertad religiosa.

En el caso de solicitud de bautismo para hijos sin uso de razón por parte de uno de los progenitores, constando la oposición manifiesta del otro, el ministro deberá pedir a los padres que acudan al juez, si no pueden llegar a un acuerdo. El juez debe atender la solicitud del progenitor que pide el bautismo, si los padres celebraron entre sí matrimonio canónico, pues el hecho de la celebración presupone el deseo (o al menos la aceptación) de la educación católica de la prole y será al cónyuge que haya cambiado de creencias a quien corresponde probar en sede civil que el bautismo es un perjuicio para su hijo. En el mismo supuesto, si el matrimonio celebrado fue civil, el

* Texto de la Ponencia presentada a las XXXII Jornadas de Actualidad Canónica de la Asociación Española de Canonistas (Madrid, 11, 12 y 13 de abril de 2014). Agradezco a mis colegas, la Prof.^a Dra. I. de la Iglesia y la Prof.^a Dra. C. Armendáriz, su competente y generosa ayuda en los aspectos de Derecho civil y Derecho penal, respectivamente, que les he consultado.

juéz deberá pronunciarse por el retraso del bautismo del menor, hasta que éste pueda ejercer sus derechos fundamentales por sí mismo.

PALABRAS CLAVE

Patria potestad/minoría de edad/derechos del menor/custodia compartida/educación religiosa

ABSTRACT

The different point of view of the parents about the religious education of their minor children (reception of sacraments, religious training, etc.) can take them to a clash of interests and criteria. To solve this conflict, this work tries to analyze the incidence of the minor situation (guardianship, joint legal custody but physical custody to one parent, joint legal and physical custody) on the possible solution. It is not so relevant from a practical point of view, whether the court award child custody to both parents, or legal custody to both and physical custody to one parent. Legal custody encompasses the right to make all decisions concerning the child's welfare such as education, religion or health care. The real important question is if at the time of divorce, separation or nullity of the child's parents, the court decision has included any provision about the moral and religious training of the minor, the expenses of all this, and if there is going to be a continuity or not with the education received by the child till that moment. It is also considered the age when it can be recognized the child's maturity and the possibility of his election of religion, due to the own child's right to religious freedom.

If one parent decides the baptism with the opposition of the other, the religious minister must ask them to go to the court if they cannot reach an agreement; the court will have to take a decision if parents don't agree to the baptism of the child, not mature enough to make this choice. The judge should accept the baptism asked by one of the parents if they had celebrated a canonical marriage, because the celebration of that marriage means the desire (or at least the acceptance) of the catholic education of their children and it will be the spouse who has changed his creed or his mind who must prove, at the civil court, that the baptism or the other spouse's religious belief or practice threaten the health or well being of the child. On that same case, if the marriage celebrated was civil, the judge must decide not to celebrate the baptism till the minor is able to choose about his fundamental rights by himself.

KEY WORDS

Custody/age minority/rights of the minor/joint custody/religious training.

SUMARIO: I. Introducción. La patria potestad en Derecho canónico y en Derecho español.-II. Conflictos entre los titulares de la patria potestad en la educación religiosa del menor. 1. Situaciones en las que ambos progenitores tienen tanto la custodia como la patria potestad compartida. 2. Situaciones en las que los ambos progenitores ejercen la patria potestad y uno de ellos la custodia. 3. Situaciones en las que los ambos

progenitores ejercen la patria potestad y el menor está en situación de acogimiento.—III. El ministro de los sacramentos de la iniciación cristiana, los derechos de los titulares de la patria potestad y el menor como titular de derechos fundamentales. 1. Responsabilidad jurídica del ministro de los sacramentos en el Derecho canónico y en el Derecho español. 2. Derechos y deberes de quienes ejercen la patria potestad. 3. El menor.—IV. Aspectos penales: delitos contra la patria potestad. 1. El menor como sujeto pasivo. 1.1. Derecho penal estatal. 1.2. Derecho penal canónico. 2. Responsabilidad penal del menor.—V. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN. LA PATRIA POTESTAD EN DERECHO CANÓNICO Y EN DERECHO ESPAÑOL

Tanto en el Derecho canónico como en el Derecho español¹ la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes de los progenitores con respecto al menor. Estos deberes tienen como fin el bien del menor, y en consecuencia, los derechos tienen también el interés del menor como límite. No debería por tanto, en principio, plantearse un conflicto entre ambos ordenamientos. Sin embargo, se plantean de hecho controversias cuando hay diferencias de criterio entre el padre y la madre respecto a la educación de los hijos. Puede ocurrir en tales supuestos que uno de ellos se acoja a lo que en un ordenamiento es un derecho y otro invoque lo que en el otro ordenamiento es un deber, por ejemplo.

La jurisprudencia española se ha pronunciado sobre supuestos en los que uno de los progenitores tiene una concepción cristiana de la vida, desea que el menor reciba los sacramentos de la iniciación cristiana y la formación previa que la Iglesia proporciona en las catequesis de confirmación, primera comunión o las clases de religión en la escuela; incluso la asistencia a un colegio con ideario católico, y, en cambio, el otro progenitor se opone a que el menor (o los menores) reciban formación religiosa, o formación humana

¹ Artículo 154 del Código Civil: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad».

de acuerdo con una concepción cristiana del hombre, o practiquen actos de culto. No se trata propiamente de conflicto entre dos ordenamientos jurídicos, puesto que dentro del Derecho español tiene cabida perfectamente una formación cristiana y también la recepción de los sacramentos por parte los menores. Estos supuestos son más bien casos de conflicto entre los dos progenitores del menor. A lo largo de este trabajo se verá qué soluciones ofrece el Derecho español en cada caso.

En el Derecho canónico, el c. 98 § 2 establece que «la persona menor está sujeta a la potestad de los padres o tutores en el ejercicio de sus derechos, excepto en aquello en que por ley divina o por el Derecho canónico, los menores están exentos de aquella potestad; respecto a la designación y potestad de los tutores, obsérvense las prescripciones del Derecho civil a no ser que se establezca otra cosa por el Derecho canónico o que el Obispo Diocesano, con justa causa, estime que en casos determinados se ha de proveer mediante nombramiento de otro tutor». En tiempos recientes, solo conocemos un supuesto en el que la jurisprudencia canónica se haya ocupado de cuestiones relativas a la patria potestad². Si la Rota Romana se pronunció sobre la guarda de los menores y la pensión alimenticia, lo hizo porque se trataba de un caso proveniente de Líbano donde, en virtud del sistema de estatuto personal, corresponde esta decisión en el ámbito civil a la jurisdicción canónica.

Según la doctrina, en el ejercicio de la patria potestad, el Derecho canónico de familia³ requiere que se armonicen el principio de igualdad entre padre y madre⁴, con el principio de unidad en el ejercicio de las facultades inherentes a la patria potestad⁵. Esa unidad solo se logra cuando ambos se empeñan en obtenerla mediante una actitud personal de renuncia y de servicio⁶. En la legislación

² R. RODRÍGUEZ CHACÓN, «Estatuto personal» y Rota Romana. (Una muy peculiar intervención del Tribunal de la Rota Romana sobre custodia de los hijos y fijación de pensión alimenticia con motivo del cambio de religión de un libanés), en «Anuario de Derecho eclesástico del Estado», vol. XXIX, 2013, pp. 545 y ss.

³ Sobre el «Derecho Canónico de Familia», cfr.: P. BIANCHI, *Il 'Diritto di famiglia' della Chiesa*, en «Quaderni di Diritto Ecclesiastico», 7, 1994, pp. 285-299.

⁴ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico. Contribución a la sistematización del Derecho canónico de familia*, en «Cuadernos doctorales», núm. 8, 1990, pp. 130-193, accesible en <http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/10612>, Consulta del [15-09-2014] «la igualdad de ambos progenitores en cuanto a la patria potestad en el ordenamiento canónico, se pone de manifiesto tanto en el c. 98 como en el c. 1135, al establecer que «ambos cónyuges tiene igual obligación y derecho respecto a todo aquello que pertenece al consorcio de la vida conyugal» (p. 148).

⁵ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico...*, p. 148, añade que «por corresponder al padre y a la madre la autoridad en la familia, el único modo de gobernarla es el gobierno en comunión. Esto implica que las decisiones han de ser tomadas de común acuerdo, llegando los padres a una armonía o unidad».

⁶ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico...*, p. 149, siguiendo Gaudium et Spes, n. 52 y Juan Pablo II, Discurso a los miembros del Tribunal de

canónica solo hay una norma que considere el criterio a seguir cuando hay falta de acuerdo entre los cónyuges. El c. 111 § 1 prevé que si uno de los progenitores pertenece a la Iglesia latina y el otro a un rito distinto, y no hay acuerdo entre ambos para decidir en qué rito se bautiza la prole, se incorpora al rito al que pertenece el padre. No se sigue la voluntad del padre, sino que se bautiza en el rito al que pertenece el padre⁷.

La obligación de la educación de los hijos en el Derecho canónico es efecto de la procreación, no del matrimonio⁸. Haya o no matrimonio, los padres católicos están obligados a la educación de sus hijos, a tenor del c. 11. En este sentido conviene tener en cuenta que las cautelas que el ordenamiento de la Iglesia establece, por ejemplo, para denegar en ocasiones extremas el bautismo de los niños no obedecen a la situación irregular de sus padres, sino a la previsible y fundada falta de educación religiosa del menor⁹. Estas circunstancias habrá de ponderarlas el ministro del sacramento del bautismo en supuestos muy variados: matrimonios civiles de personas del mismo sexo que solicitan el bautismo de un infante, por ejemplo.

En el Derecho canónico, a medida que el menor crece, la potestad de los padres disminuye gradualmente; de ahí que se reconozcan al menor una serie de ámbitos en los que no está sujeto a la potestad de los padres o tutores, como son la posibilidad de adquirir un cuasidomicilio (c. 105), a partir de los catorce años puede decidir por sí mismo el rito al que desea pertenecer (c. 112 § 1, 3.º), con 14 años la mujer y con 16 el varón adquieren la edad mínima para contraer válidamente matrimonio, con diecisiete años se alcanza la edad a partir de la cual cabe ser admitido a un noviciado¹⁰, con el uso de razón gozan de capacidad procesal en la causas espirituales (1478 § 3, «los menores que hayan alcanzado el uso de razón pueden demandar y contestar por sí mismos, sin el consentimiento de los padres y del tutor si hubieran cumplido catorce años; de no ser así deberán hacerlo mediante un curador nombrado por el juez»).

En el Derecho canónico no está prevista la intervención de un tercero imparcial –el juez en el caso del Derecho español– para dirimir la controversia en caso de desacuerdo entre el padre y la madre. Algún autor ha concluido que nadie puede suplantarlos en la con-

la Rota Romana, 5. II.1987.

⁷ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico...*, p. 150.

⁸ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico...*, p. 152, citando los trabajos de la reforma del Código vigente, «Comunicaciones», V, 1973, p. 76.

⁹ C. 868, 1, 2.º

¹⁰ El c. 643 § 1, 1.º, establece que cabe la admisión válida a un noviciado a los 17 años.

fección de una decisión común¹¹. La idea de que nadie puede adoptar decisiones por propia iniciativa, de algún modo se refleja en el Código civil, ya que solo cabe que el juez decida según la voluntad del padre o la de la madre; no cabe una solución judicial «creativa» o intermedia entre la voluntad del padre y la de la madre. Ahora bien, en ocasiones, no quedará más remedio que la intervención del juez. La canonización de la ley civil en materia de patria potestad, nos lleva a analizar la jurisprudencia española en sus líneas generales, y las soluciones en casos de conflicto, como se verá más adelante.

El ejercicio ordinario de la patria potestad corresponde a ambos progenitores en el Derecho español. «La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad» (art. 156, párr. 1.º del Código civil)¹². Hoy, en el Derecho español y en los documentos internacionales, la patria potestad es entendida como un conjunto de facultades de los padres dirigidas a guiar a los menores en el ejercicio de sus derechos de una forma progresiva, según el grado de madurez que van alcanzando. Ambos progenitores están en plena igualdad en esta relación jurídica. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos¹³ ha declarado que no puede discriminarse en el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores por el hecho de que no haya habido nunca vínculo matrimonial entre ellos.

Estas son las coordenadas en las que debe situarse el ejercicio de la patria potestad y los derechos del menor tanto el ámbito canónico como en el Derecho del Estado. En los supuestos en que hay discrepancia de criterio entre los titulares de la patria potestad, y la voluntad del menor, el conflicto se resuelve atendiendo a la decisión

¹¹ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico...*, p. 151.

¹² M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, *Minoría de edad y derechos fundamentales: su ejercicio por el menor de edad*, en www.iustel.com «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», n. 7, 2005, pp. 26-30.

¹³ El 1626a del Código Civil Alemán (BGB) atribuía a la madre exclusivamente la patria potestad de los menores cuando los progenitores no tenían ningún vínculo matrimonial entre ellos. Para que el padre pudiera compartir la patria potestad (*Sorgerecht*) era necesario el consentimiento de la madre. A partir de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de diciembre de 2009, este alto tribunal declaró que las previsiones de este precepto lesionaban el artículo 8 y el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así pues, para los países firmantes del Convenio es necesario que se reconozca la patria potestad compartida también en estos casos. Mediante Auto, el Tribunal Constitucional Federal (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 21.7.2010-1 BvR 420/09) declaró que este precepto del BGB era inconstitucional, por oponerse a lo previsto en el artículo 6, 2 de la Ley Fundamental («Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft») y a la decisión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de diciembre de 2009.

del menor, si ha alcanzado un grado suficiente de madurez. Pero ¿qué ocurre cuando falta la unidad de criterio entre los padres? Trataremos de dar respuesta atendiendo a las situaciones que pueden presentarse, y que son las siguientes:

1.º Que ambos progenitores ejerzan la patria potestad y el menor esté en situación de acogimiento temporal en atención a determinadas circunstancias.

2.º Que ambos progenitores ejerzan la patria potestad y sólo uno de ellos tenga la custodia.

3.º Que ambos progenitores ejerzan la patria potestad y tengan también compartida la custodia.

4.º En circunstancias muy excepcionales, puede uno de los padres ser privado de la patria potestad. Este derecho puede ser asimismo compartido por ambos progenitores mediante la distribución de las funciones inherentes a ella entre los dos. A esta situación puede llegarse tanto de común acuerdo como por decisión judicial. Estos dos últimos supuestos (que sólo uno de los progenitores sea titular de la patria potestad o que las funciones inherentes a ella estén distribuidas entre ambos) tienen menos interés para nuestro estudio. Al tener uno solo de ellos la competencia para decidir sobre la educación religiosa (bien sea porque esa función la tiene atribuida él, bien sea porque el otro está privado de la patria potestad en general), no habrá conflicto.

Naturalmente, habría que contemplar también los supuestos en que los padres pierden la patria potestad, pero en esos casos ya no tienen el derecho a decidir sobre la educación religiosa de sus hijos, y, por tanto, no nos interesan para el objeto de este estudio. Veamos cómo influyen las tres primeras situaciones enumeradas (números 1.º-3.º) en la educación religiosa de los menores.

II. CONFLICTOS ENTRE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD EN LA EDUCACIÓN RELIGIOSA DEL MENOR

Con carácter general en los supuestos de desacuerdo, el artículo 156 del Código civil establece:

Cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reitera-

dos o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

Del tenor literal de este precepto se deriva que el juez no puede adoptar una solución no planteada por los progenitores¹⁴. Las disposiciones legales y la intervención judicial en la regulación de los efectos de la nulidad o divorcio con respecto a los hijos son supletorias del acuerdo a la que hayan podido llegar los cónyuges. Sólo en el caso en que no exista convenio regulador o cuando los acuerdos sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, corresponde al juez adoptar medidas¹⁵.

Cuando el menor no puede tomar decisiones por sí mismo, éstas son tomadas por quienes ejercen la patria potestad y dentro de esas decisiones se incluye la pertenencia a una religión y la educación conforme a ese credo, sin que por eso pueda considerarse lesionado ningún derecho del menor¹⁶. El derecho a educar a los menores según las propias convicciones religiosas e ideológicas forma parte del contenido de la patria potestad, y puede y debe ser ejercitado por sus titulares.

¹⁴ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos, en los casos de separación y divorcio, según la legislación y jurisprudencia española. Notas desde el Derecho canónico*, en «Estudios eclesiásticos», vol. 86, 2011, p. 775.

¹⁵ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos...*, p. 778.

¹⁶ Hace años el Tribunal Europeo ya se pronunció en un caso en el que Islandia era la demandada por una persona que había sido bautizada a las pocas semanas después del nacimiento, y luego confirmada. El demandante alegó que tenía derecho -a tenor de los artículos 9 y 10 del Convenio- a elegir sus propias creencias, y que la recepción de esos sacramentos implicaba unas promesas que se le habían impuesto. El Tribunal rechazó la demanda porque consideró que no se producía violación de dichos artículos en este caso. I. MARTÍN SÁNCHEZ, *Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos humano*, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. San Sebastián, 1 al 3 de junio del año 2000*, 2001, p. 588.

1. SITUACIONES EN LAS QUE LOS AMBOS PROGENITORES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD Y EL MENOR ESTÁ EN SITUACIÓN DE ACOGIMIENTO

Los derechos y deberes de los padres y otros parientes del menor en situación de acogimiento están regulados en los artículos 160¹⁷ y 161¹⁸ del Código civil.

¿Puede tenerse en cuenta la religión de los progenitores por el juez o la autoridad administrativa en el momento tomar decisiones con respecto a un menor? Por ejemplo, si un menor va a ser dado en guarda a una institución o a otra familia, ¿debe tenerse en cuenta la religión de los progenitores o la educación religiosa que se haya dado al niño hasta entonces?

Como se sabe, una decisión judicial sobre la guarda de un menor no supone que los padres queden privados de la patria potestad. La guarda tiene un carácter temporal, y deben ser respetados los derechos de los padres durante ese tiempo, también los relativos a la educación religiosa del menor. La Jurisprudencia europea al respecto ha señalado que si los padres desean una determinada educación religiosa para los hijos que estén en situación de acogimiento, deben hacerlo constar expresamente, y debe ser coherente con su propia conducta. Las autoridades no actúan en estos casos al dictado de los deseos de los padres, tienen el deber de velar para que no se produzca un adoctrinamiento de los menores mientras están en acogida. Y deben tener en cuenta no sólo el elemento religioso sino también otros, como, por ejemplo, la cercanía al lugar del domicilio de la institución o familia de acogida, pues en otro caso el derecho de visitas se dificultaría notablemente e incluso podría ser impracticable¹⁹.

Sin ser la religión del menor y de los padres el único factor que deba tener en cuenta el juez al dar a un menor en acogida, sí constituye un elemento que debe valorar. En el Derecho islámico

¹⁷ Artículo 160: «Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores».

¹⁸ Artículo 161: «Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor».

¹⁹ I. MARTÍN SÁNCHEZ, *Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos humanos...*, pp. 591-592.

no existe la institución de la adopción sino solo la del acogimiento (*kafala*²⁰). En este Derecho se exige que la persona que acoge (*kafil*) y el menor (*makfoul*) sean de religión islámica. El reconocimiento que de esta institución se hace en el Derecho español supone solo un control formal, no un control material²¹ como se hace por ejemplo en Francia. Es decir, la Dirección General de los Registros y del Notariado está admitiendo en el Derecho español que el mayor que acoge al menor sea de la misma religión que éste. Por su parte, el BGB alemán prevé expresamente para los casos de adopción que se procure que los adoptantes sean de la misma religión del adoptado. Así pues, tanto en otros Derechos de nuestro entorno como en las normas de Derecho internacional privado aplicadas en España se admite que la religión del menor es un factor que debe (o al menos puede) tenerse en cuenta en la institución del acogimiento. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²² también considera que debe tenerse en cuenta, siempre que la petición de los padres biológicos se formule a tiempo y sea coherente con su conducta. En consecuencia, es admisible que quienes acogen a un menor, le proporcionen continuidad en la educación religiosa y moral que éste venía recibiendo de sus padres.

2. SITUACIONES EN LAS QUE LOS AMBOS PROGENITORES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD Y UNO DE ELLOS LA CUSTODIA

El Código civil (art. 92, 7) y las legislaciones autonómicas establecen que la custodia compartida no procede cuando cualquiera de los progenitores está incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ellos, o cuando el juez advierta indicios fundados de violencia doméstica²³. A tenor del artículo 159

²⁰ P. DIAGO DIAGO, *La kafala islámica*, en «Cuadernos de Derecho transnacional», vol. 2, 2010, pp. 140-164. N. MARCHAL ESCALONA, *La kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana*, en «Revista internacional de Doctrina y jurisprudencia», accesible en http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-07/articulos_la-kafala-marroqui.pdf ISSN 2255-1824 Consulta del [13-IV-2014]

²¹ J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («kafala»)*, en Diario La Ley, n.º 7393, Sección Doctrina, 3 mayo 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY 2131/2010, pp. 6 y ss., pueden verse las principales resoluciones de la DGRN antes y después de la entrada en vigor de la ley de adopción internacional.

²² Vid. *supra*, nota 19.

²³ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos...*, p. 782. C. ARMENDÁRIZ LEÓN/P. MIRAT HERNÁNDEZ, *La familia en la parte general del derecho*

del Código civil, «si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

A juicio de algunos autores, al progenitor que tiene la custodia es a quien compete dirigir su educación y formación moral²⁴. Sin embargo, las decisiones que no son cotidianas deben ser los dos titulares de la patria potestad los que decidan alcanzando un acuerdo²⁵. Esta distinción que, en principio, parece de decisiva relevancia se ve atenuada en la media en que no hay en la jurisprudencia una distinción clara entre el contenido de la custodia y el de la patria potestad. No obstante, puede tenerse como seguro que «si en la sentencia el Juzgador ya contempló el tipo de educación y/o formación moral que el menor debe recibir y uno de los progenitores obstaculiza dicha formación, el otro progenitor estará legitimado para interesar que la sentencia se ejecute. En este caso, no cabe discusión. La única vía que dispone la persona que se opone a la educación recibida por su hijo consistirá en demandar un proceso de modificación de medidas definitivas del artículo 775 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil. No podrá invocar la acción descrita en el artículo 156, 2 del Código civil»²⁶.

Sobre las controversias acerca de la educación religiosa y moral del menor sólo están legitimados activamente para demandar cualquiera de los dos progenitores (art. 156, 2 del C.c.), no el Ministerio Fiscal. Ahora bien, será parte activa en esta clase de litigios por mandato del artículo 749, 2 de la ley de enjuiciamiento civil, y del artículo 3, 1, 7.º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, velando por el interés del menor²⁷.

Las decisiones de las audiencias provinciales han reiterado que «el deseo del progenitor por la continuidad o modificación de la educación o formación moral/religiosa de su hijo irá orientado al beneficio del menor. Esto implica, *a sensu contrario*, que el cam-

penal (Libro I del Código Penal de 1995), en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de derecho de la familia (Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia)*, Vol. 6, 2011, pp. 997 y ss.

²⁴ Esta es la opinión de Rivero, cfr.: R. LACUEVA BERTOLACCI, *Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso*, en «Abogados de familia», n. 59, sección Tribuna, primer trimestre 2011, p. 3.

²⁵ R. LACUEVA BERTOLACCI, *Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso...*, p. 3.

²⁶ R. LACUEVA BERTOLACCI, *Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso...*, p. 6.

²⁷ R. LACUEVA BERTOLACCI, *Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso...*, p. 8.

bio o la continuidad, en su caso, en la educación recibida e interesada por el otro progenitor le perjudica»²⁸. Por ello, el solicitante de un cambio de colegio o de formación moral tiene que acreditar, durante el curso del proceso, que la educación recibida hasta la fecha es perjudicial para el menor o que la modificación demandada le beneficia. Sin embargo, en nuestro Derecho, al no ser susceptibles de recurso las decisiones judiciales en esta materia, se dificulta que haya una jurisprudencia uniforme. El criterio de la continuidad en la formación religiosa recibida por el menor es asimismo el mantenido por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁹.

Ahora bien, el progenitor que tiene encomendada la custodia, no puede pretender privar del régimen de visitas al otro, alegando que sus hijos recibirán una educación religiosa que no está en continuidad con la recibida hasta entonces. El Tribunal Constitucional ha declarado que la libertad religiosa de uno de los progenitores, titular de la patria potestad, no puede suponer un límite de su derecho de visitas³⁰. Se trataba en este caso de la pretensión de una madre de limitar el régimen de visitas del padre, por su pertenencia a una secta. El padre no había llevado a los hijos a actividades de la secta, ni se había demostrado ningún perjuicio para los menores.

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso de Rupperecht c. España³¹ declaró inadmisibile la pretensión del padre que solicitó que se le atribuyera el derecho a decidir acerca de la educación religiosa de su hija. Se trataba de un supuesto en el que una menor (de padres separados, que compartían la patria potestad y cuya custodia ejercía la madre) había

²⁸ R. LACUEVA BERTOLACCI, *Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso...*, p. 10.

²⁹ Casos Hoffmann contra Austria, de 23 de junio de 1993 y Palau Martínez contra Francia, de 16 de diciembre de 2003. Sobre el criterio de la continuidad, vid.: R. NAVARRO VALLS, *Matrimonio, familia y libertad religiosa*, en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», vol. XII, 1996, p. 394. M. MORENO ANTÓN, *Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial*, en www.iustel.com «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado», núm. 19, 2019, p. 30.

³⁰ Sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000 (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000). Un comentario puede verse en F. RIVERO FERNÁNDEZ, *Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos...*, pp. 245 y ss. Sobre los límites a la libertad religiosa, Z. COMBALÍA, en *Libertad religiosa e igualdad. Los límites a su ejercicio*, en <http://www.iustel.com/v2/c.asp?r=911126&s=20&p=8.&Z=4&O=1§or=Consulta> del [23-4-2014]. Desde el punto de vista de la autonomía del paciente, vid. A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias*, Madrid, 2009, pp. 107 y ss.

³¹ La Decisión de admisibilidad del TEDH, en el asunto Rupperecht contra España, de 19 de febrero de 2013 (versión francesa), inadmite la demanda en el caso de padre separado que consideraba vulnerado el derecho de libertad religiosa de su hija menor, al no haberse tomado en cuenta su opinión en contra de su bautismo y educación religiosa. Puede consultarse en http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413359&http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413359& [16. VII.2014]

recibido el bautismo y participaba en la catequesis. El Tribunal de primera instancia de Denia, y la Audiencia Provincial de Alicante, habían desestimado la pretensión del padre de que se le atribuyera a él la capacidad de decidir sobre la educación religiosa de su hija. Los tribunales habían considerado que la niña asistía a las clases de religión católica que se impartían en la escuela. Y que a la edad en que sus compañeros recibían la primera comunión había manifestado su deseo de recibirla. Su madre había accedido a los deseos manifestados por la niña, respetando su derecho de libertad religiosa. El padre recurrió al Tribunal Supremo, donde su demanda no fue admitida. Planteado el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, éste no lo admitió por considerar que la cuestión planteada carecía de relevancia constitucional.

El juzgado de primera instancia de Barbastro accedió en el año 2011³² a la petición de la madre de dos menores que solicitaba que se le atribuyera ella –dada la oposición del padre– la facultad de decidir sobre si los menores debían seguir recibiendo educación en la religión católica (en concreto, si uno de ellos podía cursar la asignatura de religión en 2011, y si el otro podía asistir a la catequesis de primera comunión). Cuando transcurridos dos años, uno de los menores va a recibir la primera comunión, la madre vuelve a elevar la misma petición ante el mismo Juzgado. Sin embargo, en este caso, el mismo juez atribuye al padre la decisión acerca de si el menor debe o no recibir la primera comunión. La circunstancia decisiva para este cambio de criterio fue que el menor declaró ante el juez, que le daba igual hacer la primera comunión o no. El auto fundamenta que «el hecho de si hace o no la comunión, en este caso concreto (no se puede generalizar) es advertido por B. como un conflicto. Por tanto, dentro del perjuicio que se le causa al menor por involucrarlo en un conflicto, considero que lo menos perjudicial ahora, lo más beneficioso por tanto, es que se deje para el futuro la decisión sobre si realiza o no el rito de la comunión, cuando el menor alcance una edad en que su grado de conocimiento y madurez permita tener una opinión más fundada sobre este aspecto de su desarrollo vital»³³.

³² El Auto fundamenta la decisión de atribuir a la madre la facultad de decidir en que ésta «no hace sino seguir el modelo y las pautas que ambos progenitores fijaron desde el inicio de su convivencia». (...) Otorgaría la facultad de decidir a quien siguiera el modelo dado a sus hijos desde el inicio, no realizando cambios que más tienen que ver con la separación de sus padres que con el interés de los propios menores» (Auto 246/2011, de 5-XII-2011).

³³ Auto 10/12, de 30-IV-2013. He podido disponer de una copia de estos dos Autos, pero no me consta que hayan sido publicados.

De cuanto hemos expuesto en este apartado se deduce la dificultad de ofrecer una síntesis con criterios claros que orienten acerca de cómo decidirá el juez en caso de que se plantee un conflicto. Puede anotarse, no obstante, que lo más frecuente es que las decisiones sobre la educación religiosa se consideran como parte del ejercicio de la patria potestad (y no de las decisiones ordinarias propias de la custodia). Asimismo, en caso de conflicto, la jurisprudencia tiende a la continuidad en la educación que recibe el menor. La regla general de la continuidad ocasionalmente no se sigue, si el menor no se pronuncia manifestando un interés en la formación religiosa.

3. SITUACIONES EN LAS QUE AMBOS PROGENITORES TIENEN TANTO LA CUSTODIA COMO LA PATRIA POTESTAD COMPARTIDA

La regla general en nuestro Derecho es que ambos progenitores tengan la patria potestad compartida. Respecto al régimen de custodia hay que estar a lo previsto en el desarrollo legislativo autonómico. Así, en Comunidades Autónomas como Aragón³⁴, Valencia³⁵ y Cataluña³⁶, también la custodia es compartida como regla general. En todo caso, para la aplicación de estas previsiones generales de la ley, «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor»³⁷. En estas Comunidades Autónomas, la ley presume, *iuris tantum*, que la custodia

³⁴ Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, y ley de igualdad en relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, BOA ley 2/2010, de 26 de mayo.

³⁵ Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, «BOE» núm. 98, de 25 de abril de 2011, establece en su art. 5: 1. «A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley.

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

³⁶ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia («BOE» n.º 203, de 21 de agosto de 2010), art. 233-10. «Ejercicio de guarda (...) 2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo».

³⁷ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos...*, p. 781, en nota 21, citando la sentencia de la audiencia provincial de Sevilla 180/2009, de 1 de abril, y la STS de 22 de julio de 2011.

compartida, es preferente y debe prevalecer sobre el de custodia individual o exclusiva; el Juez no deberá razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor³⁸

La distinción entre unas comunidades autónomas u otras, tendría una importancia decisiva si se entendiera que las decisiones relativas a la educación religiosa corresponden al progenitor que ejerce la custodia de los hijos. Pero el problema fundamental se presenta en la práctica porque no se distingue con precisión qué decisiones son las que entran dentro de la patria potestad³⁹, y cuáles por ser más cotidianas o de menor importancia corresponden a la custodia.

En mi opinión, la falta de claridad entre los contenidos de estas dos instituciones, y la consideración mayoritaria de que las decisiones acerca de la educación religiosa del menor forman parte de las facultades de la patria potestad (no de la custodia), hacen que no sea tan relevante en la práctica si el menor está bajo patria potestad y custodia compartidas o si está bajo patria potestad compartida y custodia de uno de los progenitores. Lo verdaderamente relevante es si las medidas relativas al menor, en la sentencia de nulidad, separación o divorcio de sus progenitores, contemplaban o no alguna previsión acerca de su educación religiosa y moral, de los gastos que lleve consigo, y de si hay o no continuidad con la educación recibida hasta el momento.

³⁸ I. DE LA IGLESIA MONJE, *Custodia compartida de los progenitores. Casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial*, en «Revista Crítica del Derecho Inmobiliario», núm. 731, pp. 1549 y ss.

³⁹ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos...*, pp. 784-785, citando a González del Pozo, «se considera que exceden el contenido ordinario y constituyen actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad las decisiones que ordinariamente son llevadas a cabo por ambos progenitores por implicar decisiones de gran trascendencia e importante repercusión, potencial o real, en la vida del menor». Como ejemplos, pueden mencionarse los siguientes: la elección del lugar de residencia del menor y la de traslado de domicilio del mismo; elección del colegio o institución de enseñanza en que el menor ha de cursar sus estudios o su posible cambio a otro distinto; la determinación de si el centro docente ha de ser público o privado, religioso o laico, situado en España o en el extranjero; en régimen ordinario o de internado; las decisiones relativas a la salud física o psíquica del menor, como el sometimiento o no del mismo a terapias o tratamientos médicos preventivos o curativos agresivos (...); la formación del menor en determinadas ideas o creencias religiosas y su participación en actos de iniciación o culto de una confesión religiosa; estudiar en un seminario diocesano, el bautismo, la primera comunión, al confirmación; la realización o no por el menor de determinadas actividades de ocio o deporte de alto riesgo; viajes a países en situación de conflicto bélico o prebélico (...), constituyen un acto extraordinario de patria potestad porque la elección resulta de enorme trascendencia para la formación del menor y porque además constituyen un gasto extraordinario que, salvo resolución o convenio en contrario, debe abonarse por ambos por mitad».

III. EL MINISTRO DE LOS SACRAMENTOS DE LA INICIACIÓN CRISTIANA, LOS DERECHOS DE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD Y EL MENOR COMO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL MINISTRO DE LOS SACRAMENTOS EN EL DERECHO CANÓNICO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL

El c. 868 § 1 establece que para bautizar lícitamente a un niño, se requiere:

1.º Que den su consentimiento los padres o al menos uno de los dos, o quienes legítimamente hacen sus veces; 2.º Que haya esperanza fundada de que el niño va a ser educado en la religión católica; si falta por completo esa esperanza debe diferirse el bautismo, según las disposiciones del Derecho particular, haciendo saber la razón a sus padres.

§ 2 El niño de padres católicos e incluso no católicos, en peligro de muerte, puede lícitamente ser bautizado, aun contra la voluntad de sus padres.

A tenor de lo que establece el c. 852 § 1 según el cual, «las disposiciones de los cánones sobre el bautismo de adultos se aplican a todos aquellos que han salido de la infancia y tienen uso de razón», y de lo previsto en el c. 863⁴⁰, que equipara el bautismo de los menores que han cumplido catorce años al bautismo de adultos, puede concluirse que el párroco debe acceder a administrar el bautismo al menor que ha alcanzado la edad de catorce años, aun cuando se opongán sus padres.

En este sentido, hay coherencia con el criterio que establece el Derecho español de cuándo un menor decide por sí mismo si asiste o no a clase de religión, que es también a partir de los catorce años⁴¹. Por este motivo, no debería producirse ningún conflicto

⁴⁰ El c. 863: «Ofrézcase al Obispo el bautismo de los adultos, por lo menos el de aquellos que han cumplido catorce años, para que lo administre él mismo, si lo considera conveniente».

⁴¹ E. MARCOS PASCUAL, *El derecho de los padres a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos* en REDR, 5, diciembre 2007, pp. 151-170, accesible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redu/numero5/marcos.pdf> Consulta del [15-9-2014]. continúa mencionando la edad de 14 años, que era el paso de EGB a BUP, aunque la ordenación escolar haya cambiado, puede entenderse que la edad para elegir la clase de religión se mantiene. L. RUANO ESPINA, *El derecho a elegir en el ámbito escolar la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones en el marco de la LOLR*, en www.iustel.com.

entre el ministro del bautismo⁴² y los titulares de la patria potestad del menor, cumplidos los catorce años.

En el Derecho español son válidos los actos que realice uno de los titulares de la patria potestad conforme al uso social y a las circunstancias, o en situación de urgente necesidad⁴³. Por ello, a mi modo de ver, en principio, el párroco podrá atender a la petición que le haga uno de los progenitores con respecto a un menor sobre recepción de sacramentos o formación cristiana. Si por las circunstancias del caso (por ejemplo, nunca acude uno de los progenitores), cabe suponer la oposición manifiesta de uno de los padres, el párroco debe comprobar que cuenta con el consentimiento al menos tácito del otro progenitor. En caso de que le conste la oposición manifiesta del padre o de la madre del menor y éste no tenga uso de razón, ¿qué debe hacer? Si la solución en caso de oposición de uno de los progenitores fuera siempre la de dejar que el menor alcance la mayoría de edad, se estaría primando sistemáticamente la opinión de uno de los titulares de la patria potestad con respeto al otro. Pero el párroco tampoco debe suplantar al juez dirimiendo la controversia entre los cónyuges. El ministro del bautismo deberá pedir al progenitor que pide este sacramento para un menor sin uso de razón con oposición del otro, que acuda al juez.

El juez civil, llegado el caso, deberá tener en cuenta, si el menor no tiene uso de razón, la existencia o no de matrimonio canónico entre los progenitores, puesto que esto supone una decisión (o al menos aceptación) del bautismo y educación católica de la prole. Ciertamente, la existencia de matrimonio canónico, no impide que los padres puedan cambiar de creencias, en el libre ejercicio de su derecho de libertad religiosa, y que decidan dar una orientación distinta a la educación de sus hijos. Pueden hacerlo con pleno derecho. Ahora bien, si sólo uno de los progenitores cambia de orientación, antes de imponerla a sus hijos en contra de la opinión del otro cónyuge, deberá justificar que la educación que recibe el menor le perjudica. Lo mismo cabe afirmar si el matrimonio contraído es civil o el hijo es fruto de la convivencia no matrimonial, y uno de

com «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado», 19, 2009, pondera los derechos de los padres y la libertad del menor.

⁴² M. BLANCO, *Bautismo*, en J. OTADUY/A. VIANA/J. SEDANO (coords.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. I, Pamplona, 2013, pp. 630 y ss. T. BAHÍLLO RUIZ, *Ejercicio del derecho a recibir los sacramentos de iniciación cristiana en el derecho eclesial universal y particular español*, en R. RODRÍGUEZ CHACÓN / C. GUZMÁN PÉREZ (coord.), *Instituciones básicas, interacciones y zonas conflictivas de Derecho canónico y Derecho eclesialístico. Actas de las XXVIII Jornadas de Actualidad Canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas*. Madrid, 26-28 de marzo 2008, Madrid, 2009, pp. 51 y ss. J. SAN JOSÉ PRISCO, *Actualidad de la iniciación cristiana en la parroquia*, en «Revista Española de Derecho Canónico», 66, 2009, pp. 587 y ss.

⁴³ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos...*, p. 774.

los cónyuges quiere bautizarlo contra la voluntad del otro. En este supuesto, en el ámbito del Derecho civil, goza de «presunción de continuidad» la educación no cristiana del menor, si uno de los cónyuges se opone. Desde el punto de vista del Derecho canónico, lo que debe quedar asegurado antes de que se administre el bautismo es que el menor (sea cual sea el contexto de su nacimiento: convivencia *more uxorio*, matrimonio civil, fecundación artificial en pareja heterosexual u homosexual, etc.) recibirá formación cristiana (pueden asumir esta responsabilidad los abuelos, los padrinos, etc., si los padres no pueden o no quieren asumirla).

Es poco probable que el ministro de la confirmación (otro de los sacramentos de la iniciación cristiana) pueda verse en una situación de conflicto entre el menor que recibe el sacramento y los derechos de quienes ejercen la patria potestad⁴⁴. El Código de Derecho canónico establece que se requiere uso de razón para recibirlo (c. 889, 2), y que debe recibirse en el tiempo oportuno (c. 890), a no ser que la Conferencia Episcopal determine otra edad (c. 891). La Conferencia Episcopal Española⁴⁵ ha establecido los catorce años como edad en torno a la cual debe recibirse, salvando que el Obispo diocesano pueda seguir el criterio de la discreción que establece el Código⁴⁶. La Resolución de la Congregación para el Culto Divino y la Disciplina de los Sacramentos, de 18 de diciembre de 1999, orienta en el sentido de que no debe retardarse la recepción de este sacramento⁴⁷. Ciertamente, si se establece en los Directorios diocesanos como edad en torno a la que debe recibirse el sacramento la de 17 años, ya no cabría plantearse problema alguno con el Derecho del Estado. Sin embargo, por una parte, este conflicto tampoco se da en torno a los 14 años, y en todo caso, no parece que se deba tener como un criterio determinante para establecer con carácter general en una Diócesis la edad en la que debe recibirse el sacramento, el evitar cualquier posible conflicto con el Derecho del Estado. Se retrasaría así injustificadamente la recepción de un sacramento a muchos menores (la mayoría) en los que no se dan esas situaciones de conflicto.

⁴⁴ C. GUZMÁN PÉREZ, *La patria potestad y custodia de los hijos, en los casos de separación y divorcio*, p. 791.

⁴⁵ I Decreto, BOCEE, 3 1984, p. 102, artículo 10. «En uso de las facultades reconocidas en el c. 891, se establece como edad para recibir el sacramento de la confirmación la situada en torno a los catorce años, salvo el derecho del Obispo diocesano a seguir la edad de la discreción a la que hace referencia el c.»

⁴⁶ J. SAN JOSÉ PRISCO, *Requisitos para la confirmación en los directorios diocesanos*, en «Revista Española de Derecho Canónico», 59, 2002, pp. 857 y ss.

⁴⁷ F. PÉREZ MADRID, *El derecho a recibir el sacramento de la confirmación y el requisito de la preparación debida*, en «Ius Canonicum», XLIV, n. 87, 2004, pp. 87 y ss.

2. DERECHOS Y DEBERES DE QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD

La función de los padres o tutores es la de guiar o cooperar con el menor, con respeto a su plena libertad, sin sustituir coaccionar o manipular su voluntad⁴⁸. «El sujeto protagonista de las decisiones sobre opciones religiosas ideológicas y de conciencia que le afectan es el mismo menor en cuanto tenga suficiente uso de razón para el ejercicio de tales opciones»⁴⁹. Ello supone que otros parientes, como pueden ser los abuelos, aunque tengan reconocido el derecho de visitas de un menor que sido dado en acogida o tengan, como otros parientes, legitimación activa para demandar en el caso de sustracción de menores, por ejemplo, no pueden pretender -en contra de la voluntad de los padres- una educación cristiana de los nietos. Si los abuelos pueden ser de gran ayuda en esa educación, será siempre respetando la voluntad, o al menos la no oposición, de los padres. En este sentido, es claro que el párroco no puede acceder a administrar el bautismo ni la primera comunión a un menor a petición de los abuelos, sin el consentimiento de los padres.

3. EL MENOR

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del niño⁵⁰, aprobada el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 6 de diciembre de 1990, establece en su artículo 14.1, que «los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión». El artículo 6.1 de la ley de protección del menor dispone que «el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión»⁵¹. En el texto de la convención se especifica que el sujeto pasivo del derecho del niño es el Estado. En el preámbulo de la ley del menor se describe el nuevo enfoque dado al estatuto de la infancia, «el reconocimiento

⁴⁸ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas*, Anales de Derecho. Universidad de Murcia, núm. 15, 1997, p. 330. Accesible en <http://revistas.um.es/analesderecho/articulo/view/81601> Consulta del [24-09-2014]

⁴⁹ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas...*, p. 330.

⁵⁰ En J. R. SALCEDO HERNÁNDEZ, *La libertad religiosa del menor*, en T. VICENTE JIMÉNEZ, *Los derechos de los niños responsabilidad de todos*, Murcia, 2007, pp. 191 y ss., puede verse una exposición sucinta de los documentos internacionales sobre derechos del niño. Cfr. M. B. RODRIGO LARA, *La libertad religiosa del menor de edad*, en <http://www.iustel.com/v2/c.asp?r=910236&s=20&p=8.&Z=4&O=1§or=> Consulta del [24-9-2014].

⁵¹ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas...*, p. 329.

pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos»⁵².

El menor es en nuestro ordenamiento jurídico titular del derecho de libertad religiosa⁵³. Esta solemne declaración supone, ciertamente, que ningún menor puede ser obligado por sus padres a recibir los sacramentos, pero también que si pide recibirlos, ninguno de sus progenitores puede impedirselo. Ésta es, a mi juicio, la respuesta ajustada al Derecho civil español. Ahora bien, ¿qué ocurre si no se trata de un acto concreto de recepción de un sacramento como la confirmación, por ejemplo, sino de dificultades reales para que reciba formación o asista a la celebración de la Eucaristía el domingo, etc.? En estos casos, me parece que es muy difícil que un juez dicte una sentencia en favor del ejercicio de la libertad religiosa del menor en contra del progenitor (o los progenitores) que le ocasiona dificultades en su formación o práctica religiosa. El menor está a expensas en gran medida del lugar de veraneo que elijan sus padres, depende ellos para que le lleven a la parroquia si son lugares alejados que requieren algún medio de transporte, etc. Y el Código civil, artículo 155 prevé que «Los hijos deben: 1. Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre».

Tanto en los supuestos de acuerdo entre los progenitores como en los de desacuerdo, el artículo 156, párr. 3.º del Código civil, establece que «respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro». En mi opinión el ministro de los sacramentos o la persona que imparte la catequesis son terceros de buena fe. Es decir, el párroco a quien un padre o una madre llevan a catequesis, debe presuponer que actúa en ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En apoyo de este criterio cabe citar la Resolución de la Dirección General de los Registros de 3 de marzo de 1989, que establece lo siguiente: «en torno a la situación del menor de edad en nuestro ordenamiento debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil (...) y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil (...) ni tampoco

⁵² M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas...*, p. 327.

⁵³ Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, artículo 6.1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión.

2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.

3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados». La excepción que establece este artículo de capacidad del menor de edad permite afirmar que «si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil, por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 del C.c.), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que, además, no se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad»⁵⁴.

La doctrina ha discutido sobre cuándo un menor alcanza la suficiente madurez de juicio para adoptar por sí mismo las decisiones que afectan al ejercicio de los derechos de la personalidad, como es el caso de la libertad religiosa. En otros Estados hay una edad legal determinada; en el Derecho español, no. Sólo Aragón tiene una determinación legal expresa, fijada en los 14 años⁵⁵. Resulta orientativo conocer qué edades determina nuestro Derecho como suficientes para otros negocios jurídicos⁵⁶. Especialmente significativo al respecto es el dato de que el menor emancipado o con 16 años cumplidos (si no es incapaz ni está incapacitado) se considera como mayor de edad para tomar decisiones acerca de su salud: puede adoptar con plena autonomía las decisiones que le correspondan acerca de su salud, aunque en casos de grave riesgo haya que informar a los padres y escuchar su parecer⁵⁷.

El parecer consultivo del menor no vincula a los padres ni al juez, mientras que la decisión del menor sobre sus opciones religiosas e ideológicas debe ser vinculante cuando éste tiene suficiente madurez de juicio y no es perjudicial para su interés⁵⁸. Constituye un criterio práctico ajustarse a la edad de doce años como indicativa de madurez suficiente del menor, edad que ya es suficiente para formalizar el

⁵⁴ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas...*, p. 333, las citas son de la DGR.

⁵⁵ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, Artículo 65, 1. La crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos:

(...) c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años.

(...)2. Para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos, los titulares de la autoridad familiar pueden solicitar la asistencia e intervención de los poderes públicos.

⁵⁶ Para aceptar donaciones, para realizar un contrato de trabajo, etc.

⁵⁷ M. MORENO ANTÓN, *La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario*, en «Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid», núm. 15, 2011, p. 102, así lo deduce de los artículo 9. 3.c) de la Ley 41/2002 sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. De este criterio se exceptúan las técnicas de reproducción humana asistida y los ensayos clínicos, que exigen la mayoría de edad.

⁵⁸ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas...*, p. 333.

acogimiento y adopción mediante la intervención del menor (arts. 173 y 175 del C.c.)⁵⁹. Desde luego, en todo caso, a partir de los 16 años, entendemos que la voluntad del menor debe prevalecer sobre la de los padres, por analogía con el criterio que prescribe nuestro Derecho para otros ámbitos en los que el menor maduro ejerce sus derechos personalísimos, como es el ámbito del consentimiento informado y autonomía del paciente⁶⁰.

IV. ASPECTOS PENALES: DELITOS CONTRA LA PATRIA POTESTAD

1. EL MENOR COMO SUJETO PASIVO

Se exponen a continuación los infrecuentes supuestos de carácter penal que podrían darse en el ejercicio de la patria potestad. Unos en el ámbito penal del Estado y otros en el ámbito del Derecho canónico.

1.1 Derecho penal estatal

El principio de intervención mínima del Derecho penal hace previsible que en muy pocas ocasiones se dé un caso de comisión de un delito contra la patria potestad por parte de algún progenitor. Quizá la mayoría de los supuestos de infracciones de los deberes de la patria potestad estén ya dentro de los supuestos regulados en el Código civil. Así ocurre, por ejemplo con uno de los delitos tipificados contra la patria potestad, como es la sustracción de menores (art. 225 bis del Código penal)⁶¹. También en el artículo 158⁶²

⁵⁹ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas...*, p. 333.

⁶⁰ M. MORENO ANTÓN, *La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario...*, p. 104, «en caso de conflicto entre la voluntad del menor maduro y la de los padres, debe prevalecer la primera por afectar a bienes personalísimos (...) los padres no pueden imponer al menor que tiene capacidad natural el tratamiento o la intervención que rechaza, ni tampoco pueden impedir que se practique el tratamiento que él haya autorizado».

⁶¹ O. GARCÍA PÉREZ, *El delito de sustracción de menores y su configuración*, en Revista para el análisis del Derecho, InDret 4/2010, puede verse en http://www.indret.com/pdf/767_es.pdf Consulta del [27-IX-2014] La supuestos que entran dentro del supuesto de hecho de este delito suelen ser casos en los que uno de los progenitores se lleva al menor al extranjero. Cfr. la última STC al respecto: STC 196/2013, de 2 de diciembre de 2013 (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2014). Accesible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=20928> Consulta del [27-IX-2014].

⁶² «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

del Código civil, se recoge que el juez establecerá las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas.

Sin embargo, podría pensarse otro delito. El progenitor que induzca a su hijo a que realice una actividad extraordinaria de mayor duración justamente en el período que el menor o los menores están bajo la custodia del otro cónyuge. ¿Infringe el cónyuge que orienta a su hijo a que asista a una actividad organizada por el colegio o la parroquia durante las vacaciones estivales, lo establecido en el artículo 224 del Código penal?⁶³ Dada la redacción del precepto, el juez dispone de una amplia facultad para valorar las circunstancias. La minoría de edad del sujeto ha de ser matizada desde una perspectiva que permita valorar la autonomía personal y la capacidad de decisión de un menor que se halla próximo a alcanzar la mayoría de edad. En la medida en que el precepto pretende la protección de la seguridad del menor, y no el mero quebrantamiento formal de la custodia paterna, la edad de éste y su grado de madurez son elementos que se deben ponderar para considerar o no la concurrencia de una inducción⁶⁴.

No parece imaginable una situación en la que la práctica de la religión católica pueda suponer algún delito contra la patria potestad. Cuestión distinta puede plantearse con otras religiones como el judaísmo y el islam, cuya práctica puede suponer la mutilación de un menor. En otros Estados⁶⁵ de nuestro entorno cultural, la prácti-

2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

⁶³ Artículo 224: «El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa».

⁶⁴ N. TORRES ROSELL, *Comentario al artículo 224 de Código Penal*, en G. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9.^a ed., Pamplona, 2011, p.583, cit. La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 156/2005, de 19 de julio JUR 2006, 297568.

⁶⁵ «Die Religionsfreiheit ist das entscheidende Argument» Gefährdet die Beschneidung von Jungen das Kindeswohl? Warum Rechtsexperten die Religionsfreiheit über die körperliche Unversehrtheit stellen. Im Bundesjustizministerium wird man erleichtert sein, wie der Ethikrat am Donnerstag die religiöse Beschneidung von Jungen diskutiert hat. Kontrovers und leidenschaftlich verlief die Diskussion. Doch am Ende hat sich der Ethikrat zu

ca de la circuncisión se justifica por motivos religiosos, y no se considera delito de lesiones. En la doctrina española, hay autores como Rivero Hernández⁶⁶, para quienes los padres no pueden solicitar la práctica de la circuncisión de un menor, porque se trata de un acto personalísimo, y los padres no pueden suplantar al menor en el ejercicio de una opción religiosa. En cambio, para Moreno Antón⁶⁷, esta práctica está amparada por el derecho de los padres a educar al hijo según sus convicciones, aunque ello no supone el derecho a que sea financiada por la sanidad pública.

Los tribunales españoles⁶⁸ han declarado que la mutilación de un menor es un delito, y no se justifica por la libertad religiosa de

der Empfehlung durchgerungen, die Zirkumzision sollte in Deutschland unter Auflagen erlaubt sein. Ein wichtiges Signal an die Beamten im Ministerium, die bis zum Herbst einen Gesetzentwurf vorlegen wollen. Und auch ein Fingerzeig, auf welchem Weg sich das Dilemma in der Abwägung der verschiedenen Grundrechte auflösen lässt. In dem Streit um die Beschneidung geht es zunächst um die Frage, welches im Grundgesetz garantierte Recht höher wiegt: das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit oder das Recht auf religiöse Erziehung. Rechtfertigen das Sorgerecht der Eltern und die Religionsfreiheit einen operativen Eingriff, der medizinisch nicht notwendig ist? Ein Grundrechtskonflikt, in dem auch die Experten zerstritten sind. Ihre Position hängt wesentlich von der Frage ab, wie schwer der Eingriff zu bewerten sei. Im Ethikrat warnte der Hamburger Strafrechtler Reinhard Merkel davor, Religionsgemeinschaften allein definieren zu lassen, welche Körperverletzungen zulässig seien. Unter Berufung auf verschiedene Studien kam Merkel zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Beschneidung um einen schwerwiegenden, riskanten Eingriff handele. Er hält ein Gesetz, das die Beschneidung erlaubt für verfassungswidrig. Dem widersprach der jüdische Mediziner Leo Latach: Medizinische Komplikationen gebe es nur in weniger als 0,2 Prozent der Fälle. Studie gegen Studie. Von einem «Krieg der Gutachter» spricht der Göttinger Rechtswissenschaftler Hans Michael Heinig. «Wir wissen nicht genug über die Komplikationen.» Gesetzentwurf aus Göttingen Trotzdem hält der Kirchenrechtsexperte Heinig, der vom Justizministerium als Experte für das Beschneidungsgesetz angehört wird, den Weg des Ethikrats für richtig. Er sagt: «Die Waage kippt in diesem Fall durch die hohe Bedeutung der Religionsfreiheit, die besonderen Schutz genießt». Die Religionsfreiheit in Artikel 4 des Grundgesetzes sowie das Sorgerecht der Eltern in Artikel 6 würden das Recht auf religiöse Erziehung garantieren. Das sei das entscheidende Argument. Bereits im Juli hatte der Jurist einen Entwurf für ein Beschneidungsgesetz vorgelegt, den er nun noch einmal überarbeitet hat. Er will die Praxis im Gesetz über die religiöse Kindererziehung legalisieren, wenn die Einwilligung der Eltern vorliegt, die Beschneidung medizinisch fachgerecht (inklusive Betäubung) durchgeführt wird und eine umfassende Aufklärung erfolgt. Diese Bedingungen hat auch der Ethikrat für die straffreie Beschneidung gestellt. Die Ziet, 27 de Agosto de 2012, puede verse en <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2012-08/gesetz-beschneidung-religionsfreiheit> Consulta del [23-4-2014].

⁶⁶ F. RIVERO FERNÁNDEZ, *Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos*, en «Derecho Privado y Constitución», núm. 14, 2000, pp. 268-269.

⁶⁷ M. MORENO ANTÓN, *La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario...*, p. 112.

⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1.ª) de 15 de noviembre de 2011. Condena por delito de lesiones a los padres que consintieron en la mutilación genital de una niña, sin aceptar que la conducta tipificada como delito se justifica por costumbres culturales o religiosas, ni se aprecia exención de la responsabilidad basadas en alteración de la percepción, miedo insuperable o estado de necesidad. En cambio, la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3.ª, Sentencia de 24 feb. 2014, rec. 6/2013, absolvió a los padres por ablación genital practicada en el extranjero (Gambia) durante una estancia vacacional a dos menores nacidas en España. En este caso, los padres son absueltos, porque no consintieron en la práctica realizada por la abuela en ausencia de los padres. La absolución de los padres se debe a la ausencia del elemento subjetivo de la culpabilidad y

los padres, ni por motivos culturales⁶⁹. Solo cuando la mutilación tiene lugar fuera de España, y sin conocimiento de los padres, han sido absueltos de este delito. La pertenencia a los Testigos de Jehová también ha suscitado en nuestra jurisprudencia decisiones acerca de los límites de la libertad religiosa de los padres y la negativa a que sus hijos menores reciban hemotransfusiones. Estos casos pueden dar lugar a un delito de omisión del deber de socorro, pero han sido definitivamente resueltos por la jurisprudencia constitucional⁷⁰, considerándose que una vez que el menor está internado en un centro hospitalario, y que los padres respetan la decisión judicial de que se le aplique la hemotransfusión, no se les puede exigir además que ejerzan sobre el menor una actividad persuasoria para que éste admita el tratamiento que rechaza.

1.2 Derecho penal canónico

La apostasía⁷¹ es un delito en el Derecho canónico. Se plantea la cuestión de si pueden los progenitores emitir una declaración de apostasía en nombre de un menor que esté bajo su patria potestad⁷². La respuesta, a tenor del Derecho canónico, es que no. El abandono de la fe es un acto personal⁷³, que no pueden hacer los padres en nombre del menor, tenga éste la edad que tenga. Si el progenitor o los progenitores que solicitan de la autoridad eclesiástica competente la práctica del asiento marginal en el libro del Bautismo para que conste la apostasía recurriesen a la jurisdicción ordinaria, la respuesta sería igualmente negativa. Ninguna autoridad estatal puede instar a las autoridades eclesiásticas acerca de

a la exclusión de la autoría por comisión por omisión, imputada conforme al artículo 11 CP, en su condición de garantes, como titulares de la patria potestad de los menores.

⁶⁹ M. MORENO ANTÓN, *La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario...*, pp. 105-110, y la bibliografía citada en ese estudio.

⁷⁰ STC 154/2002, de 18 de julio. Un comentario puede verse en C. MOLINA BLÁZQUEZ/T. M. PÉREZ-AGUA LÓPEZ/S. SIEIRA MUCIENTES, *Objeción de conciencia de un menor al tratamiento médico*, en www.iustel.com «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado», 6, 2004, pp. 1-50.

⁷¹ B. F. PIGHIN, *Apostasía*, en J. OTADUY/A. VIANA/J. SEDANO (coords.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. I, Pamplona, 2013, pp. 407 y ss. Vid. también: M. J. ROCA, *Abandono de la Iglesia por acto formal*, ibídem, pp. 59 y ss.

⁷² I. MARTÍN SÁNCHEZ, *Patria potestad y libertad religiosa del menor en la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos...*, p. 597.

⁷³ Carta de 13 de marzo de 2006, Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, dirigida a los Presidentes de las Conferencias Episcopales, «1. El abandono de la Iglesia católica, para que pueda ser configurado válidamente como un verdadero *actus formalis defectionis ab Ecclesia*, (...) 4. Debe tratarse, por lo tanto, de un acto jurídico válido puesto por una persona canónicamente capaz y en conformidad con la normativa canónica que lo regula (cfr. cc. 124-126). Tal acto habrá de ser emitido de modo personal, consciente y libre». Puede verse en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20060313_actus-formalis_sp.html Consulta del [24-IX-2014].

qué asientos deben practicarse⁷⁴ ni a qué edad o en representación de quien. El caso resuelto por el Tribunal Supremo en España no se refería a menores, pero entendemos que su doctrina es aplicable, si se tratara de unos padres que piden la inscripción de la apostasía de su hijo. En la República del Perú, sí se ha suscitado exactamente ese caso, y así lo declaró el Tribunal Constitucional del Perú⁷⁵.

El c. 1366⁷⁶ establece que los padres (o quienes hacen sus veces) que entreguen a sus hijos para ser bautizados o educados (o las dos cosas) en una religión acatólica, deben ser castigados con una censura u otra pena justa. Se trata de una sanción indeterminada, pero obligatoria⁷⁷. Desde el punto de vista del Derecho del Estado, esta conducta entra dentro del normal ejercicio del derecho de libertad religiosa. Desde la perspectiva del Derecho canónico, es un delito. Sin embargo, no tenemos noticia de ninguna sentencia canónica dictada por este delito⁷⁸. En todo caso, si la hubiera, supondría la privación de un bien o un derecho dentro de la Iglesia. No podrían los padres que se vieran privados de algún derecho en el ordenamiento canónico (como podría ser pertenecer al consejo parroquial, por ejemplo) invocar ante los tribunales del Estado que padecen una discriminación, porque esa discriminación no se da en el Derecho del Estado.

Otro posible conflicto podría darse si está en curso un proceso penal canónico por un delito de abuso de menores y la jurisdicción ordinaria del Estado solicitara las actas del proceso canónico. Los titulares de la patria potestad del menor, en mi opinión, deberán dar su consentimiento antes de que el juez canónico remita dichas actas a la jurisdicción penal. Ciertamente, existe el

⁷⁴ Así lo declaró la STS de 19-09-2008. Sobre la inviolabilidad de los libros de registro de bautismo, cfr.: M. J. ROCA, *Interpretación del término «inviolabilidad» en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, de 3-I-1979*, en *www.iustel.com* «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 29, 2012.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, de 12 de septiembre de 2011, Exp. n.º 00928-2011-PA/TC, accesible en *www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00928-2011-AA.html* Consulta del [15-9-2014]

⁷⁶ J. ESCRIVÁ IVARS, c. 1366, en A. MARZO/J. MIRAS/R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (coords.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Vol. IV, t. 1, 3.ª ed., Pamplona, 2002, pp. 482 y ss.

⁷⁷ M. B. TERZANO BOUZÓN, *La patria potestad en el ordenamiento canónico...*, p. 180.

⁷⁸ Es conocida la falta de aplicación del Libro VI del Código de Derecho Canónico, donde se recogen los delitos y las penas en este ordenamiento. J. I. ARRIETA, *El cardenal Ratzinger y la revisión del sistema penal canónico. Un papel determinante*, 2-XII-2010 http://www.vatican.va/resources/resources_arrieta-20101202_sp.html Consulta de [27-IX-2014], ha puesto de manifiesto la preocupación de Benedicto XVI por la integridad y aplicación coherente de la disciplina en la Iglesia católica, de modo que los cambios introducidos por el Código de 1983 (subsidiariedad, descentralización, garantías), en aplicación del Concilio Vaticano II, no supongan, de hecho, la inaplicación del libro VI.

deber de colaborar con la jurisdicción del Estado, a tenor de lo establecido en el Derecho canónico⁷⁹, pero, al mismo tiempo, el deber de salvaguardar la buena fama del acusado⁸⁰ exigirá el consentimiento de éste y de los demandantes antes de dar traslado de lo actuado⁸¹. El juez del Estado siempre podrá pedir declaración directamente al acusado, a los testigos, a las víctimas, y a quien considere oportuno, sin mediación de la jurisdicción canónica. No cabe olvidar que los tribunales canónicos no forman parte de la jurisdicción del Estado, y no están sometidos al régimen de la Ley orgánica del Poder judicial.

2. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

La responsabilidad penal del menor en el ámbito canónico y en el del Estado es gradual. Cabe preguntarse qué tratamiento tendría el menor por la comisión de un delito en el ámbito penal del Estado y en el canónico. Más concretamente por lo que aquí interesa si el tratamiento que se dé a la responsabilidad penal del menor en el Derecho canónico puede entrar en conflicto con los derechos de la patria potestad en el orden civil y viceversa, si la responsabilidad penal del menor en el Derecho del Estado puede afectar a los derechos de los padres o del menor en el ámbito canónico.

⁷⁹ Carta Circular de la Congregación para la Doctrina de la fe. Subsidio para las Conferencias Episcopales en la preparación de Líneas Guía para tratar los casos de abuso sexual de menores por parte del clero, http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20110503_abuso-minori_sp.html Consulta del [15-92014]. «La cooperación con la autoridad civil. El abuso sexual de menores no es sólo un delito canónico, sino también un crimen perseguido por la autoridad civil. Si bien las relaciones con la autoridad civil difieren en los diversos países, es importante cooperar en el ámbito de las respectivas competencias. En particular, sin perjuicio del foro interno o sacramental, siempre se siguen las prescripciones de las leyes civiles en lo referente a remitir los delitos a las legítimas autoridades. Naturalmente, esta colaboración no se refiere sólo a los casos de abuso sexual cometido por clérigos, sino también a aquellos casos de abuso en los que estuviera implicado el personal religioso o laico que coopera en las estructuras eclesiales». Un comentario puede verse en F. R. AZNAR GIL, *El acto formal de defección de la Iglesia Católica: comunicación del Consejo Pontificio para los Textos Legislativos (13 de marzo de 2006). Texto y comentario. Normas diocesanas españolas*, en «Revista española de Derecho Canónico», Vol. 63, n.º 160, 2006, pp. 125-196.

⁸⁰ La protección de la buena fama en el Derecho canónico está prevista tanto en el c. 220, como un derecho fundamental del fiel, como en el ámbito penal: c. 1390.

⁸¹ J. L. REQUERO IBÁÑEZ, *Límites que rigen en la remisión por los tribunales eclesiales de actas de procesos matrimoniales a raíz de los requerimientos por los tribunales civiles*, en R. RODRÍGUEZ CHACÓN/C. GUZMÁN PÉREZ (coords.) *Instituciones básicas, interacciones y zonas conflictivas de derecho canónico y derecho eclesial: (actas de las XXVIII Jornadas de actualidad canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 26-28 de marzo de 2008)*, 2009, pp. 227-250.

Quizá el delito más frecuente que cometa un menor o una menor en el ámbito canónico sea el de aborto. La menor de dieciséis años que comete delito de aborto⁸² no queda excomulgada⁸³, ya que a tenor del c. 1323⁸⁴, no queda sujeto a ninguna pena quien cuando infringió la ley o precepto aún no había cumplido dieciséis años. Los menores de 18 años y mayores de dieciséis que cometan este delito gozan de la circunstancia atenuante prevista en el c. 1324, 1, 4.º

Cabe pensar también en la comisión de otros delitos canónicos (como blasfemia⁸⁵, por ejemplo), por parte de menores en un contexto en el que pudieran tener consecuencias jurídicas. En los casos en que un menor fuera expulsado de un centro escolar católico por una conducta que sea constitutiva de delito canónico, en mi opinión, lo adecuado sería plantear la expulsión del menor del centro escolar por la infracción grave del ideario del centro que garantiza su carácter propio. En tales casos, aun cuando los titulares de la patria potestad se opusieran a la expulsión, habría que estar a las consecuencias de las cláusulas de salvaguarda⁸⁶ de la propia identidad en este tipo de centros.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La falta de claridad entre las facultades exclusivas de la patria potestad y las propias de la custodia hace que no sea tan relevante en la práctica si el menor está bajo patria potestad y custodia compartidas o si está bajo patria potestad compartida y custodia de uno de los progenitores. Lo verdaderamente relevante es si las medidas relativas al menor de la sentencia de nulidad, separación o divorcio de sus progenitores contemplaban o no alguna previsión acerca de su educación religiosa y moral, de los gastos que lleve consigo, y de si hay o no continuidad con la educación recibida hasta el momento.

En el caso de solicitud de bautismo para hijos sin uso de razón por parte de uno de los progenitores, constando la oposición mani-

⁸² M. M. MARTÍN GARCÍA, *Aborto*, en J. OTADUY/A. VIANA/J. SEDANO (coords.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. I, Pamplona, 2013, pp. 73 y ss. F. R. AZNAR GIL, *Elementos configuradores del delito canónico del aborto*, del en «Salmanticensis», Vol. 57, Fasc. 2, 2010, pp. 245-271

⁸³ La misma situación jurídica se da para el varón que coopera en la comisión de un aborto.

⁸⁴ A. MARZOA, c. 1323, en A. MARZOA/J. MIRAS/R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (coords.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Vol. IV, t. 1, 3.ª ed., Pamplona, 2002, pp. 306 y ss.

⁸⁵ I. MARTÍN, *Blasfemia*, en J. OTADUY/A. VIANA/J. SEDANO (coords.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Vol. I, Pamplona, 2013, pp. 725 y ss.

⁸⁶ J. OTADUY GUERÍN, *Las cláusulas de salvaguarda de la identidad de las instituciones religiosas*, en «Ius canonicum», vol. 27, núm. 54, 1987, pp. 673 y ss.

fiesta del otro, el ministro deberá pedir a los padres que acudan al juez, si no pueden llegar a un acuerdo. El juez debe atender la solicitud del progenitor que pide el bautismo, si los padres celebraron entre sí matrimonio canónico, pues el hecho de la celebración presupone el deseo (o al menos la aceptación) de la educación católica de la prole y será al cónyuge que haya cambiado de creencias a quien corresponde probar en sede civil que el bautismo es un perjuicio para su hijo. En el mismo supuesto, si el matrimonio celebrado fue civil, el juez deberá pronunciarse por el retraso del bautismo del menor, hasta que éste pueda ejercer sus derechos fundamentales por sí mismo.

El enfático reconocimiento del derecho de libertad religiosa del menor en el ordenamiento jurídico español se verá dificultado en la práctica en la medida en que para ejercerlo, con frecuencia, dependerá de la voluntad de sus padres (para asistir a una celebración litúrgica, por ejemplo si vive en un lugar alejado del templo). No hay ningún deber civil que permita exigir a los padres su cooperación en la formación religiosa del menor. En el Derecho canónico, en cambio, entre los deberes de la patria potestad destaca la educación en la fe católica de los hijos, hasta el punto de que los padres que bautizan a un hijo en otra confesión y/o lo educan en otra fe cometen un delito canónico. El creciente reconocimiento del menor como titular de derechos fundamentales tiene como consecuencia que en caso de conflicto con los titulares de la patria potestad, se respete la voluntad del menor. Como consecuencia, el ministro de los sacramentos de la iniciación cristiana puede administrarlos a un menor a partir de que éste haya alcanzado doce años, incluso contra la voluntad de quienes ejercen la patria potestad. Con mayor motivo se podrá seguir este criterio si además de la voluntad del menor uno de los titulares de la patria potestad solicita que se le administren los sacramentos a su hijo. Esta pauta nos parece conforme con la doctrina del tribunal constitucional: «La patria potestad está en función del grado de madurez del niño y de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar, de tal manera que sus derechos a la libertad de creencias y a la integridad moral no se abandonan por entero a los que tengan atribuida la guarda y custodia sino que la función paterna en esta materia es la de guiar al menor en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades tal y como indica el artículo 14, 2.º de la Convención de Derechos del Niño» (STC 141/2000, F. J. 5.º y STC 154/2002, F. J. 10.º).

El reconocimiento del derecho de libertad religiosa del menor en el ámbito civil tiene consecuencias efectivas en el supuesto pre-

visto por el Derecho canónico de admisión al noviciado a partir de los diecisiete años. A esta edad, incluso con oposición de los titulares de la patria potestad, el juez, si se diera el caso, deberá atender a la voluntad del menor.

Los supuestos de conflicto entre el Derecho canónico y el Derecho español con ocasión del ejercicio de la patria potestad son consecuencia del cambio de creencias de uno o ambos progenitores. Conviene que el ministro de los sacramentos de la iniciación cristiana, el catequista o el profesor de religión tengan conocimiento de en qué medida deben atender a la petición del menor si se opone a la petición de uno o ambos progenitores titulares de la patria potestad, según los criterios antedichos. No se debe, en cambio, ceder a la pretensión de que un menor reciba catequesis, pero sin explicarle algunos mandamientos o sin darle a conocer algunas de las verdades de la fe católica contenidas en el Credo. El derecho de todos los fieles a recibir formación religiosa es un título en virtud del cual los padres católicos pueden pedir que se enseñe a sus hijos la fe completa, pero no les atribuye el derecho a determinar los contenidos de la catequesis, ni de la fe.

Los conflictos entre ordenamiento confesional y ordenamiento del Estado en el ámbito penal son mucho menos frecuentes, y están resueltos en gran medida por la jurisprudencia.

La eficacia civil del matrimonio religioso y el nuevo *matrimonio de creencia* en el ordenamiento jurídico de Escocia*

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU

Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Málaga

RESUMEN

En este trabajo se estudian las principales características del sistema matrimonial escocés, fundamentalmente en lo que afecta al régimen de la eficacia civil de las formas religiosas de celebración del matrimonio. En este contexto, son objeto de especial atención tanto los requisitos de formalización y posterior registro del enlace que son comunes a las formas civil y religiosa de celebración del connubio como, muy singularmente, las normas que determinan el ámbito de las posibles formas religiosas que van a poder ver reconocida su eficacia civil en Escocia, aspecto este último que a su vez lleva implícito el estudio del significado y alcance del concepto legal de religión que se utiliza en la legislación de este país y que plantea algunos problemas jurídicos de fondo de muy difícil solución, como revela el examen de la jurisprudencia recaída sobre este asunto. Se estudia también, por último, el sentido de la reforma operada por el Marriage and Civil Partnership (Scotland) Bill, ya aprobado por el Parlamento y actualmente pendiente de su efectiva implementación, una de cuyas principales novedades la constituye la creación de la novedosa categoría del matrimonio de creencia.

PALABRAS CLAVE

Derecho escocés, confesiones religiosas, matrimonio religioso, matrimonio de creencia.

* Este trabajo constituye uno de los frutos que rindió la estancia de investigación que recientemente pude llevar a cabo, en calidad de *visiting scholar*, en el *Centre for Constitutional Law* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo; agradezco especialmente al Prof. Stephen Tierney, director del mencionado centro, así como al Prof. Gerry Maher, responsable del programa de profesores visitantes, su calurosa acogida y las muchas facilidades que ambos me dieron para el adecuado desarrollo de mi investigación.

ABSTRACT

This paper deals with the legal status of religious marriage in the Law of Scotland. Particular consideration is here given to the study of formalities of regular marriage, concerning its religious form as well as the civil one, including not only the statutory requirements to solemnize the marriage but also the registration process that comes along with them, under the Marriage (Scotland) Act 1977; we examine the legal nature and scope of the concept of religion that is involved in this legal scheme, as it has been stated by courts in the Scottish and English jurisdictions, and so we point at the main legal problems that can be outlined in the case law provided that the mere existence of such a legal concept seems to be somehow inevitably controversial. We finally draw attention on the changes to be brought about by the Marriage and Civil Partnership (Scotland) Bill that was recently passed in the Scottish Parliament, concerning religious marriage and the statutory creation of the new belief marriages.

KEY WORDS

Scottish legal system, religious bodies, religious marriage, belief marriage.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las características generales de la celebración del matrimonio en el Derecho escocés: la modalidad del matrimonio en forma civil. 3. La eficacia civil del matrimonio religioso; 3.1 El reconocimiento oficial de la condición de celebrante autorizado: el problema de la definición estatal de *lo religioso*. 3.2 La ceremonia de celebración del matrimonio religioso y su inscripción registral. 4. El matrimonio religioso y el *matrimonio de creencia* en el *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Bill*.

1. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico escocés, la regulación de la eficacia civil del matrimonio religioso se encuentra medularmente establecida en la *Marriage (Scotland) Act 1977* (en adelante MSA), actualmente modificada en algunos de sus preceptos por lo estipulado en otras leyes ulteriores¹.

¹ Se trata fundamentalmente de las siguientes: *Marriage (Prohibited Degrees of Relationship) Act 1986*; *Family Law Act 1986*; *Marriage Scotland Act 2002*; y *Family Law (Scotland) Act 2006*. Una excelente y muy ilustrativa exposición del sistema matrimonial que estaba en vigor en Escocia antes de la gran reforma de 1977 puede verse en T. B. SMITH, *A Short Commentary on the Law of Scotland*, Edinburgh, 1962, págs. 303 y sigs.

Conviene recordar, además, que la MSA se hizo eco de buena parte de las recomendaciones que se propusieron en el *Report of the Committee on the Marriage Law of Scotland (1969)*, comúnmente conocido como el Informe *Kilbrandon* en atención al nombre de quien fuese el Director de dicho Comité, de manera que el examen del contenido de esas propuestas permite indiciariamente arrojar una luz adicional sobre el significado de algunas de las previsiones legales actualmente en vigor.

Ello no obstante, cuando se escriben estas páginas, hace muy escasas fechas que acaba de ser aprobado por el Parlamento un importante proyecto de ley, el denominado *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Bill*² que, habiendo además recibido ya la sanción regia que requiere el procedimiento legislativo en Escocia (*Royal Assent*), con su efectiva entrada en vigor supondrá la introducción en este país de profundas modificaciones legales relativas a diversos aspectos en materia matrimonial³.

De entre esos cambios, el que indudablemente ha adquirido una mayor notoriedad y ha tenido una más acusada repercusión social en el Reino Unido ha sido, como seguramente era de esperar, el que concierne al reconocimiento de la figura del matrimonio homosexual o, si se prefiere, del matrimonio entre personas del mismo sexo, y, de hecho, frecuentemente, en los medios de comunicación se habla de la ley del matrimonio homosexual (*same-sex marriage bill*) para referirse a esta nueva normativa que, además, no por casualidad destaca este tema en el primer lugar de la larga denominación que legalmente la identifica⁴.

Este fenómeno es hasta cierto punto comprensible y desde luego no nos puede resultar ajeno pues, similarmente, cuando en España se produjo la gran reforma del Derecho matrimonial del año 2005, también adquirió socialmente un protagonismo especial el tema del reconocimiento del matrimonio entre personas

² El Proyecto de Ley fue aprobado por el Parlamento el 4 de febrero de 2014.

³ Una vez aprobado el Proyecto de Ley por el Parlamento y verificada la sanción regia, a ello le sucede un período en el que el Gobierno ha de impulsar la pertinente regulación complementaria (*secondary legislation*) que haga posible la plena implementación de la nueva normativa, lo que implica la puesta en marcha de un proceso que, habitualmente, suele conllevar en torno a los doce meses de tramitación hasta la efectiva entrada en vigor de la ley.

⁴ En el encabezamiento del Proyecto de Ley, su denominación formal lo singulariza de este modo: «*An Act of the Scottish Parliament to make provision for the marriage of persons of the same sex; to make further provision as to the persons who may solemnise marriage and as to marriage procedure and the places at which civil marriages may be solemnised; to make provision for the registration of civil partnerships by celebrants of religious or belief bodies; to make provision about gender change by married persons and civil partners; to make a minor correction in relation to registration information; and for connected purposes*».

del mismo sexo⁵ pese a que, además de esta importante novedad, la reforma también supuso la introducción de otros cambios jurídicos de no menor calado como es el caso, por sólo citar un ejemplo, de la consagración del divorcio a solicitud de una sola de las partes y sin alegación de causa alguna que, posiblemente, nos autorice hoy a estimar que, si hasta ese momento el matrimonio había sido considerado entre nosotros comúnmente como un contrato *sui generis* –como también lo ha venido siendo en el Derecho escocés⁶–, desde entonces y en el mejor de los casos lo es ya sin duda alguna en grado sumo (en el peor quizás no podríamos ya hablar ni tan siquiera de un contrato como algunos autores han llegado a sugerir).

Pero dejando ahora aparte esta cuestión incidental que nos aleja del objeto central de este trabajo y volviendo al caso escocés, lo cierto es que, en efecto, además del reconocimiento del matrimonio homosexual, el Proyecto de Ley recientemente aprobado es también portador de preceptos que contienen modificaciones sustantivas a propósito de otros aspectos como, por ejemplo, el régimen jurídico del matrimonio religioso que constituye aquí el principal foco de atención, y asimismo la proyectada norma introduce una tercera categoría o modalidad marital, distinta del matrimonio civil y del religioso aunque, como veremos, en gran medida equiparada a este último desde el punto de vista de su eficacia civil, a saber, el llamado matrimonio de creencia (*belief marriage*) celebrado bajo los auspicios de los ahora formalmente reconocidos como grupos de creencia (*belief bodies*).

La inminente entrada en vigor del *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Bill* aconseja, por lo tanto, el estudio del régimen jurídico de la eficacia civil del matrimonio religioso teniendo en cuenta también sus previsiones y valorando el alcance de los muy relevantes cambios normativos que, con esa norma, está llamado a experimentar el sistema matrimonial escocés en esta materia.

Con todo, para ponderar adecuadamente la trascendencia de estos cambios legislativos resulta obligado exponer, en primer lugar, los caracteres con los que aparece actualmente instaurado el régimen del matrimonio religioso en la MSA, tarea que seguidamente me dispongo a realizar.

⁵ Sobre este tema *vid.* por todos J. R. POLO, *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de Familia*, Cizur Menor, 2006.

⁶ *Cfr.* W. M. GLOAG y R. C. HENDERSON, *The Law of Scotland*, Edinburgh, 2012, pág. 1084.

2. LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ESCOCÉS: LA MODALIDAD DEL MATRIMONIO EN FORMA CIVIL

En el momento presente y en espera de que se verifique y entre en vigor la profunda reforma legal antes mencionada, en Escocia, el llamado matrimonio regular (*regular marriage*)⁷, cuya edad mínima de celebración son los dieciséis años cumplidos⁸, puede ser tanto civil como religioso, lo que en el ordenamiento de este país significa, en un sentido técnicamente ahora más preciso, que el matrimonio puede celebrarse ya sea en forma civil o en forma religiosa. La doctrina científica escocesa y la propia legislación emplean comúnmente la expresión matrimonio religioso, pero siempre referida, en este contexto, a esa más restringida noción del matrimonio en forma religiosa o, si se prefiere, de la forma religiosa de celebración del matrimonio regular⁹.

En este sentido, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico estatal, el matrimonio religioso constituye propiamente una modalidad del único tipo de matrimonio que contempla el Derecho escocés o, por decirlo de otra manera, la forma religiosa no es sino una de las que pueden observarse para la válida constitución del matrimonio, además de la forma estrictamente civil. Esta última expresión resultaría así oportuna justo en la medida en la que, en cierto modo, la forma religiosa es también una forma civil, en ese mismo sentido amplio en el que, entre nosotros, se ha dicho con agudeza que en el ordenamiento español tiene lugar una suerte de *civilización* de las formas religiosas de celebración del matrimonio, o al menos de aquellas a las que en nuestro sistema matrimonial se les reconoce eficacia civil¹⁰, y no en vano a menudo se postula que la

⁷ Se emplea jurídicamente esta expresión por contraposición a los matrimonios irregulares o informes que existían históricamente bajo el *common law* –los llamados *common law marriages*–, de los que sólo una de sus modalidades sobrevivió a la gran y profunda reforma que supuso en esta materia la *Marriage (Scotland) Act 1939*, a saber, el matrimonio por convivencia estable, pública y notoria (*marriage by cohabitation with habit and repute*), hoy ya de vigencia puramente residual tras la promulgación de la *Family Law (Scotland) Act 2006*. Un amplio estudio sobre toda esta cuestión puede verse en L. ARECHEDERRA, *Los matrimonios irregulares en Escocia*, Madrid, 2004.

⁸ «(1) *No person domiciled in Scotland may marry before he attains the age of 16.* (2) *A marriage solemnised in Scotland between persons either of whom is under the age of 16 shall be void*» (Sección 1 de la MSA).

⁹ Desde esta perspectiva, técnicamente el modo más adecuado para referirse con mayor precisión a este aspecto sería el que emplea, por ejemplo, J. Thomson, cuando indica que el régimen legal del matrimonio en Escocia permite a los contrayentes elegir para su celebración entre una ceremonia religiosa o una civil (Cfr. J. THOMSON, *Scots Private Law*, Edinburgh, 2006, pág. 155).

¹⁰ Cfr. J. A. SOUTO, *Derecho matrimonial*, Madrid, 2007, pág. 72.

caracterización que mejor se adapta al vigente sistema matrimonial español es, precisamente, la que genéricamente tiende a identificarlo con el modelo del llamado sistema de tipo anglosajón o protestante, una tesis que modestamente comparto. Esa es, pues, la misma premisa en que se basa en este caso específicamente la legislación escocesa y de ahí que, en sede doctrinal, se haya puesto de relieve que en los supuestos en los que, como veremos, la ley admite la celebración del matrimonio ante un ministro de culto, este último actúa en esos casos siempre *en representación del Estado*¹¹.

Sentado esto, hay que señalar inicialmente que el matrimonio regular, además de las exigencias sustantivas vinculadas a la necesaria capacidad conyugal de los contrayentes en las que ahora no hace al caso detenerse¹², requiere también para su válida constitución de la observancia de unos requisitos básicos y preliminares que, en esencia, implican en ambos casos, tanto en el civil como en el religioso, la notificación al encargado del Registro civil, por parte de los contrayentes, de su intención de contraer nupcias (*marriage notice*); dicha notificación habrá de ir acompañada de sus certificados de nacimiento así como de la prueba de la disolución del matrimonio anterior, esto último, como es obvio, sólo en el caso de que cualquiera de los contrayentes hubiese estado casado con anterioridad, y asimismo se establecen ciertas exigencias para el caso de que exista entre los contrayentes alguna de las relaciones de parentesco que marca la ley¹³.

Una vez presentada ante el encargado del Registro la notificación de la intención de contraer matrimonio, esta habrá de ser debidamen-

¹¹ Cfr. K. MCK. NORRIE, *Family Law*, Dundee, 2009, pág. 45.

¹² La sección 2 de la MSA establece una serie de prohibiciones que limitan la capacidad núbil de las personas primordialmente en atención a la eventual existencia entre los contrayentes de algún tipo de relación de parentesco, de entre aquellas que la ley expresamente contempla en uno de sus anexos (*Schedule 1*).

¹³ Bajo el encabezamiento *Notice of intention to marry*, dispone la sección 3 de la MSA lo que sigue: «(1) *Subject to subsections (2) to (4) below, each of the parties to a marriage intended to be solemnised in Scotland shall submit to the district registrar a notice, in the prescribed form, of intention to marry (in this Act referred to as a «marriage notice») accompanied by the prescribed fee, his birth certificate and— (a) if he has previously been married and the marriage has been dissolved, a copy of the decree of divorce, dissolution or annulment; (b) in the case of a widow or widower, the death certificate of the former spouse; (c) in any case where a certificate is required under subsection (5) below, that certificate. (d) where he is related to the other party in a degree specified in paragraph 2 of Schedule 1 to this Act, a declaration in the prescribed form stating— (i) the degree of relationship; and (ii) that the younger party has not at any time before attaining the age of 18 lived in the same household as the other party and been treated by the other party as a child of his family [...]*». La norma continúa estableciendo otras previsiones, relativas unas a aquellos supuestos en los que a las partes no les fuere posible hacer entrega de alguno de los documentos legalmente requeridos, concernientes otras al caso de que dichos documentos estuviesen escritos en idioma extranjero y precisaren de su traducción, y alusivas, las más, a la ley aplicable en los supuestos en los que alguna de las partes no residiese en Escocia.

te inscrita en un libro especial (*marriage notice book*), y a ello le sigue un período durante el que cualquier persona que crea tener alguna objeción a la validez del futuro enlace podrá, si así lo desea, acceder al Registro para consultar en su detalle los datos concernientes al proyectado casamiento y de este modo corroborar o, en su caso, descartar sus sospechas a este respecto¹⁴, teniendo en cuenta que, por expresa determinación legal [sección 5(1) de la MSA], en cualquier momento previo a la celebración del matrimonio cualquier persona podrá dirigirse al encargado del Registro para poner en su conocimiento los obstáculos a la validez del matrimonio de los que aquella tuviere conocimiento (*objections to marriage*)¹⁵.

Seguidamente y habiendo constatado que no concurren circunstancias que obstan a la válida celebración del matrimonio como las derivadas de la eventual existencia de algún impedimento legal, el encargado del Registro expedirá una certificación o acta matrimonial (*marriage schedule*) autorizando la celebración del enlace¹⁶. La naturaleza y los caracteres del certificado en ambas modalidades de matrimonio son, por tanto, básicamente las mismas, si bien, en el caso del matrimonio civil, aquel permanecerá en poder del celebrante mientras que en el supuesto de la forma religiosa dicho certificado le será entregado a las partes debido a que, como señala J. Thomson, el documento en estos casos actúa o despliega sus efectos como una licencia que autoriza al celebrante a proceder con la válida formalización del connubio¹⁷.

¹⁴ Según establece la sección 4 de la MSA, «(1) On receipt of a marriage notice or an approved certificate in respect of a party to an intended marriage, the district registrar shall forthwith enter such particulars, extracted from such notice or certificate, as may be prescribed, together with the date of receipt by him of such notice or certificate, in a book (in this Act referred to as «the marriage notice book») supplied to him for that purpose by the Registrar General. (2) The district registrar shall, in relation to each intended marriage in respect of which he has received a marriage notice or an approved certificate, and as soon as practicable after such receipt, make an entry giving the names of the parties to, and the proposed date of, that marriage in a list which he shall display in a conspicuous place at the registration office; and such entry shall remain so displayed until the said date has elapsed. (3) Any person claiming that he may have reason to submit an objection to an intended marriage, or to the issue of a certificate under section 7 of this Act to a party to such marriage, may, free of charge and at any time when the registration office is open for public business, inspect any entry relating to the marriage in the marriage notice book».

¹⁵ La sección 5 de la MSA reglamenta detalladamente el modo en el que ha de procederse en caso de presentación, ante el encargado del Registro, de una de esas objeciones al matrimonio.

¹⁶ En la sección 6 de la MSA se regulan pormenorizadamente las características y, sobre todo, los plazos de vigencia de ese certificado matrimonial, especificándose además, para el caso de tratarse de un matrimonio religioso, que dicho matrimonio solo podrá celebrarse en la fecha exacta y en el lugar preciso determinados ambos en el certificado matrimonial, si bien la norma establece algunas excepciones a este respecto, de alcance general y también aplicables al matrimonio religioso, que por lo común requerirán de la oportuna modificación del contenido del certificado o de la emisión de uno nuevo adaptado ya al sobrevenido cambio de las circunstancias.

¹⁷ Cfr. J. THOMSON, *Family Law in Scotland*, West Sussex, 2011, pág. 14.

A partir de ahí, la regulación de los matrimonios civil y religioso difiere notablemente, de manera especial, como es lógico, por lo que atañe a la determinación legal de las personas que podrán actuar como celebrantes.

En el caso del matrimonio civil, la sección 17 de la MSA determina que este habrá de celebrarse ante un encargado del Registro y, a estos efectos y con el declarado propósito de promover la existencia de los servicios necesarios en todo el país para satisfacer razonablemente la demanda social en esta materia, la norma estipula que el encargado del Registro General podrá designar a tantos registradores de distrito (*district registrars*) como estime necesario y, a su vez, en los casos en los que así haya sucedido, a uno o más asistentes (*assistant registrars*) que desarrollen su labor en ese ámbito local. Todas estas personas, siempre mayores de veintiún años por expresa determinación legal, merced a esa designación quedan oficialmente habilitadas para solemnizar válidamente el matrimonio civil y se convierten, así, en lo que la norma genéricamente denomina registradores autorizados (*authorised registrars*).

Asimismo, la ley establece en la sección 18 una serie de criterios que determinan el lugar concreto en el que habrá de solemnizarse el matrimonio en presencia de uno de esos celebrantes autorizados, siendo la regla general la de que el enlace tendrá que formalizarse en la oficina registral en la que ejerce sus funciones el celebrante (*registration office*) o en alguno de los lugares oficialmente designados para tal fin dentro del ámbito de su distrito (*approved places*)¹⁸; excepcionalmente y bajo ciertas condiciones el matrimonio podrá también válidamente celebrarse ante un registrador autorizado actuando este fuera de su ámbito territorial de competencia.

En la misma disposición, en este caso en la subsección (4), la ley contempla también una modalidad de válida celebración que de algún modo evoca el recuerdo de uno de los supuestos de la forma extraordinaria de celebración del matrimonio prevista en el artículo 52 de nuestro Código Civil, pues la norma escocesa avala, bajo ciertas condiciones, la celebración marital ante un registrador autorizado pero llevada a cabo literalmente en cualquier lugar, dentro o fuera de su ámbito territorial de competencia, cuando se dé la circunstancia de que alguno de los contrayentes no pueda asistir a una oficina registral por causa de seria enfermedad o de grave lesión física y exista, además, una buena razón para no demorar la constitución del matrimonio en espera de la remoción de ese obstá-

¹⁸ El régimen jurídico de los *approved places*, cuya condición de tales habrá de ser reconocida en última instancia por las autoridades locales, se establece medularmente en la sección 18A de la MSA.

culo personal; para este caso excepcional la norma establece una serie de cautelas como, por ejemplo, la de la necesidad de recabar la autorización del encargado del Registro General cuando el celebrante actúe fuera del ámbito de su distrito.

Por otra parte, en lo que respecta a la ceremonia del matrimonio civil, la ley no especifica la forma concreta en la que aquella ha de transcurrir y se limita a requerir, en la sección 19(2), que en el momento de celebrarse el enlace el registrador autorizado esté presente y tenga en su poder el certificado matrimonial expedido reglamentariamente, reclamándose también la presencia en ese acto de ambos contrayentes así como de dos testigos mayores de dieciséis años. No obstante, como destacan L. Edwards y A. Griffiths, generalmente se sigue algún tipo de procedimiento en el que el celebrante instruye a los contrayentes acerca de la naturaleza del matrimonio en el Derecho escocés y en el que, asimismo, les insta a manifestar la existencia de cualquier impedimento legal al matrimonio del que pudieren tener conocimiento, tras de lo cual se solicita a los contrayentes que expresen su mutuo consentimiento marital, declarándoles entonces el celebrante unidos en matrimonio y siendo registrado el enlace una vez firmado el certificado o acta matrimonial tanto por los ya cónyuges como por los testigos y por el celebrante mismo¹⁹.

Tras la válida celebración del matrimonio, la MSA reclama su inscripción en el Registro civil, estableciendo a tal efecto un sencillo procedimiento que, resumidamente, implica la firma del certificado matrimonial inmediatamente de realizada la ceremonia, tanto por el registrador autorizado como por los cónyuges y los testigos, y su posterior inscripción en el correspondiente registro matrimonial²⁰.

Por último, quizás sea oportuno hacer una breve referencia aquí también a las consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia de alguna de las formalidades previstas por la ley en orden a la válida constitución del matrimonio regular, consecuencias que en principio son, por lo tanto, las mismas para las formas religiosa y civil de celebración.

¹⁹ Cfr. L. EDWARDS y A. GRIFFITHS, *Family Law*, Edinburgh, 2006, págs. 338-39.

²⁰ Estipula a este respecto la sección 19: «[...] (3) *Immediately after the solemnisation of the marriage the Marriage Schedule shall be signed by the parties contracting the marriage, by both witnesses present thereat and by the authorised registrar who solemnised it.* (4) *As soon as possible after the Marriage Schedule has been signed in accordance with subsection (3) above— (a) in a case where the marriage has been solemnised in the registration office of the authorised registrar who solemnised it or in any such place as is mentioned in section 18(3) of this Act, that authorised registrar; (b) in a case where the marriage has been solemnised in the registration office of another authorised registrar, that other authorised registrar, shall cause the particulars as set forth in that Schedule to be entered in the register of marriages kept by him.*».

La MSA, en su redacción original, determinaba expresamente la nulidad del matrimonio para el supuesto de que alguno de los contrayentes no alcanzase la edad núbil, así como para el caso de que el enlace concerniese a dos personas entre las que existiere alguna de las relaciones de parentesco normativamente enumeradas a estos efectos, y en ambas situaciones la norma declaraba –lo sigue haciendo– la nulidad del matrimonio (*the marriage shall be void*).

En estos casos, estamos en presencia de requisitos que atañen no tanto a la forma de celebración del matrimonio en sentido estricto como a la misma capacidad conyugal que el ordenamiento reclama de los contrayentes para la válida constitución del matrimonio, de manera que se trata más bien de aspectos integrantes de la dimensión propiamente sustantiva del régimen de la institución matrimonial. Pero, presupuesta la capacidad conyugal de los contrayentes, por lo que respecta a las exigencias, ahora sí, netamente formales o directamente ligadas al régimen de la celebración del matrimonio en sentido estricto, la ley inicialmente guardó silencio acerca de las eventuales consecuencias jurídicas de su incumplimiento, lo que generó algunas dudas e incertidumbres entre la comunidad jurídica que eventualmente condujeron a la aprobación de una enmienda al texto original, fruto de la cual es el contenido de la vigente sección 23A²¹.

Este último precepto dispone que, al margen de los efectos inexcusablemente invalidantes derivados de la inobservancia del requisito de la edad núbil o de las prohibiciones relativas a las vetadas relaciones de parentesco entre los cónyuges, la validez del matrimonio no podrá ser en ningún caso impugnada a causa de la falta de cumplimiento de las restantes formalidades y requisitos legalmente previstos, pero ello sólo en el caso de que los contrayentes hubiesen estado presentes en la ceremonia y el matrimonio hubiese sido ya inscrito por el encargado del Registro o uno de sus asistentes²².

Con esta disposición, semejante en su finalidad a lo previsto en el artículo 53 de nuestro Código Civil²³, el legislador escocés traza

²¹ La enmienda fue introducida por la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1980*.

²² Dispone la sección 23A de la MSA, bajo el expresivo encabezamiento *Validity of registered marriage*, lo que sigue: «(1) *Subject to sections 1 and 2 of and without prejudice to section 24(1) of this Act, where the particulars of any marriage at the ceremony in respect of which both parties were present are entered in a register of marriages by or at the behest of an appropriate registrar, the validity of that marriage shall not be questioned, in any legal proceedings whatsoever, on the ground of failure to comply with a requirement or restriction imposed by, under or by virtue of this Act.* (2) *In subsection (1) above, «appropriate registrar» means— (b) in any other case, a district registrar».*

²³ «La validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez, Alcalde o funcionario que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe y aquéllos ejercieran sus funciones públicamente».

una distinción en la que pueden identificarse, valga la expresión, una forma accidental y otra esencial, y con ello queda normativamente puesto de relieve el papel capital, sin parangón en el esquema legal del matrimonio, que desempeña el consentimiento de las partes como el elemento central y verdaderamente constitutivo o, si se quiere, como la principal causa eficiente del connubio, de manera que, existiendo ese consentimiento, las restantes formalidades requeridas parecen ceder en su importancia y no darán origen a la nulidad marital²⁴, aun cuando la ley reclame para ello incluso en estos casos que el enlace haya sido ya al menos registrado, esto último como garantía adicional ostensiblemente vinculada a la necesidad de preservar la seguridad jurídica²⁵.

Más aún, hasta tal punto se concede una primacía indiscutible al *consensus* en la configuración jurídica de la institución que los tribunales escoceses, en contra de lo textualmente prescrito en este punto por la ley, han llegado llamativamente a reconocer la validez de un matrimonio en el que los contrayentes no estaban físicamente presentes en el mismo acto pero en el que se prestaron el mutuo consentimiento vía telefónica, en un caso en el que se tuvo particularmente en cuenta, además, el hecho de que uno de los contrayentes se encontraba en Pakistán en el momento de emitir su declaración conyugal y, en este país, esa forma de celebración sí estaba reconocida como válida²⁶.

El fenómeno, por lo demás, no debería en cualquier caso sorprendernos excesivamente pues, como ha hecho notar D. W. Walker, en esta materia el Derecho escocés es directamente tributario del Derecho canónico y concretamente de su concepción pretridentina del matrimonio que continuó reflejándose en la ley escocesa aun después del advenimiento de la Reforma, lo que explica esa tan viva percepción del papel preeminente y de la naturaleza verdaderamente constitutiva del consentimiento marital así como también, paralelamente, la vigencia hasta no hace muchos años en el ordenamiento de este país de los diversos tipos de matrimonio irregular o informe²⁷.

²⁴ Y de ahí que se haya subrayado que esta norma no es aplicable a los casos en los que se verifica no ya solo una falta de capacidad de los contrayentes, tal y como expresamente proclama la ley, sino también una falta de verdadero consentimiento marital (Cfr. E. E. SUTHERLAND, *Child and Family Law*, Edinburgh, 2008, pág. 965).

²⁵ Esa misma salvaguarda del principio de seguridad jurídica es la que ha llevado a los tribunales a exigir, al hilo de la operatividad de esta disposición y como requisito también insoslayable para la validez del enlace, no sólo que el matrimonio se haya registrado sino que además previamente se haya expedido al menos el pertinente certificado matrimonial (Cfr. *Saleh v Saleh*, 1987 S. L. T. 633; *Sohrab v Khan*, 2002 SCLR 663).

²⁶ Cfr. MRA v NRK [2011] CSOH 101.

²⁷ Cfr. D. W. WALKER, *Principles of Scottish Private Law*, Oxford, 1988, págs. 236-37.

3. LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO RELIGIOSO

Como ha puesto de relieve E. E. Sutherland, hasta tiempos relativamente recientes, en el Derecho de Escocia eran tradicionalmente escasas las formas religiosas admitidas para la válida constitución del matrimonio regular y, concretamente, carecía de efectos civiles la forma matrimonial propia de un buen número de confesiones religiosas no cristianas, de modo que personas que profesaban por ejemplo las religiones musulmana o hindú, si deseaban que su enlace tuviese eficacia en ordenamiento estatal se veían obligadas a celebrar su matrimonio en forma civil, recurriendo a menudo ulteriormente a la celebración de una segunda ceremonia, en este caso acorde ya a los ritos propios de su religión y a la que, además, con frecuencia los contrayentes atribuían subjetivamente la verdadera naturaleza matrimonial en detrimento de la ceremonia civil a cuya celebración se habían visto forzosamente abocados, algo que incluso, sugiere incisivamente este autor, desde el punto de vista de la esencialidad del consentimiento matrimonial que ha de concurrir en el momento de la constitución del matrimonio, permite plantear fundadamente el interrogante de si esas personas estuvieron alguna vez realmente casadas²⁸.

Esta última pregunta, aun formulada aquí de manera incidental, ciertamente no carece de sentido y, por lo que ahora me interesa destacar, sirve además para poner de relieve el trasfondo social que impulsó al legislador a afrontar este problema y a extender, muy ampliamente, el ámbito de las formas religiosas de celebración consideradas aptas, bajo ciertas condiciones legales, para solemnizar válidamente el matrimonio regular en este país, una extensión que tuvo lugar precisamente en la gran reforma del Derecho matrimonial del año 1977²⁹.

Por lo demás, no resulta menos significativa la afirmación que, poniendo ya el acento en lo que todo ello representa desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación, realiza también categóricamente el autor antes citado, en el sentido de que, en una sociedad multicultural y multirreligiosa como es hoy la escocesa, sería altamente ofensivo e inaceptable permitir que unas formas religiosas de celebración resultasen legalmente eficaces mientras que otras careciesen por completo de relevancia jurídica civil

²⁸ Cfr. E. E. SUTHERLAND, *Child and Family Law*, op. cit., pág. 961.

²⁹ Hasta ese momento, para ser más concretos, en Escocia el matrimonio regular sólo podía celebrarse válidamente, además de ante un encargado del Registro por lo que hace a la forma civil, también conforme a los ritos propios de la *Society of Friends* (cuáqueros), con arreglo a los usos de la religión judía y, asimismo, en presencia de un ministro, clérigo, pastor o sacerdote perteneciente a cualquier confesión cristiana.

—cumpliendo todas los mismos requisitos básicos de validez, se sobrentiende—³⁰. Estas apreciaciones, por otra parte, invitan a reflexionar acerca de lo que acontece actualmente en el Derecho español sobre este aspecto, y a ello me referiré, siquiera brevemente, al final de este trabajo.

3.1 EL RECONOCIMIENTO OFICIAL DE LA CONDICIÓN DE CELEBRANTE AUTORIZADO: EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN ESTATAL DE LO RELIGIOSO

Habiendo ya expuesto en sus caracteres fundamentales el régimen de la forma civil de celebración —así como los aspectos que son comunes tanto a esta como a la forma religiosa—, he de señalar que bastante más prolija y detallada es la regulación que la MSA dedica específicamente a la segunda de las modalidades del llamado matrimonio regular, esto es, la del matrimonio religioso o, con mayor exactitud, la del matrimonio en forma religiosa.

A diferencia de la categoría del registrador autorizado con la que, genéricamente, la norma denomina a quienes están legalmente habilitados para solemnizar válidamente el matrimonio civil, en esta ocasión la ley acuña la categoría equivalente del celebrante autorizado (*approved celebrant*) para referirse, también de modo genérico, a quienes tienen reconocida esa misma aptitud en el supuesto del matrimonio religioso³¹.

De este modo, la eficacia civil del matrimonio religioso depende, en primer lugar, de que este sea celebrado en presencia de una persona a la que se le haya reconocido legalmente la condición de celebrante autorizado y, en este sentido, la ley contempla básicamente dos supuestos en los que un individuo puede ver oficialmente acreditada aquella condición y, por lo tanto, dos vías diferenciadas de acceso a la eficacia civil de los matrimonios religiosos.

Resumidamente ahora, el reconocimiento de esa eficacia civil puede producirse ya sea de una manera directa, mediante la explícita declaración legal de la competencia atribuida en esta materia a los miembros de una serie de confesiones religiosas determinadas, o bien, para el caso de las restantes, de un modo indirecto, previa la satisfacción de los trámites conducentes al reconocimiento oficial de alguno de sus miembros como celebrante autorizado, de confor-

³⁰ Cfr. E. E. SUTHERLAND, *Child and Family Law*, op. cit., pág. 961.

³¹ «In this Act— (a) any such person as is mentioned in subsection (1)(a) above is referred to as an «approved celebrant», and a marriage solemnised by an approved celebrant is referred to as a «religious marriage» (Sección 8(2)(a) de la MSA).

midad con el procedimiento normativamente establecido a tal fin. Veamos seguidamente el modo en el que todo ello tiene lugar.

En primer término, la ley establece en su sección 8 que el matrimonio podrá válidamente celebrarse en Escocia, además de ante el encargado del registro o un asistente reglamentariamente designado tratándose del matrimonio civil³², también en presencia de un ministro de la Iglesia de Escocia; asimismo, es válido el matrimonio celebrado ante quien tenga la condición de ministro, clérigo, pastor o sacerdote de alguna de las confesiones religiosas (*religious bodies*) legalmente autorizadas a este propósito o, en defecto de una tal condición individual, ante una persona a la que cualquiera de dichas confesiones le haya reconocido esa aptitud para asistir a la celebración de sus matrimonios³³.

A este respecto, al amparo de lo dispuesto en la sección 8(1)(a)(ii), se dictaron las *Marriage (Prescription of Religious Bodies) (Scotland) Regulations 1977*, que entrarían en vigor el 1 de enero del siguiente año y con las que se habilitó expresamente a determinadas confesiones religiosas para que sus ministros de culto o las personas por ellas designadas a tal efecto pudiesen asistir válidamente a la celebración del matrimonio³⁴.

Así pues, junto a la Iglesia de Escocia, todas estas otras confesiones tienen ya reconocida directamente por expresa determinación legal, en los términos que acaban de señalarse, la competencia en este terreno, pero, además, como se anticipó, la MSA articula un mecanismo genérico para que cualquier otra confesión religiosa que lo desee pueda ver igualmente reconocida su competencia en materia matrimonial, pues en la sección 8(1)(a)(iii) se prescribe que podrán también solemnizar válidamente un matrimonio religioso aquellas personas designadas por una confesión y que hayan sido reconocidas como celebrantes autorizados por el encargado del Registro Civil, conforme al procedimiento registral que a su vez se instituye en la sección 9 de la ley.

³² Entre las personas aptas para asistir válidamente al matrimonio, la sección 8(1)(a) dispone que lo será también «a person who is a district registrar or assistant registrar appointed under section 17 of this Act».

³³ Según estipula la sección 8(1), el matrimonio podrá ser solemnizado por «(a) a person who is— (i) a minister of the Church of Scotland; or (ii) a minister, clergyman, pastor, or priest of a religious body prescribed by regulations made by the Secretary of State, or who, not being one of the foregoing, is recognised by a religious body so prescribed as entitled to solemnise marriages on its behalf [...]».

³⁴ Se trata concretamente de las siguientes confesiones: *The Baptist Union of Scotland; The Congregational Union of Scotland; The Episcopal Church in Scotland and other Churches of the Anglican Communion; The Free Church of Scotland; The Free Presbyterian Church of Scotland; The Hebrew Congregation; The Methodist Church in Scotland; The Religious Society of Friends; The Roman Catholic Church; The Salvation Army; The Scottish Unitarian Association; y The United Free Church of Scotland.*

Este procedimiento se encuentra a disposición de cualquier confesión religiosa distinta de aquellas a las que la legislación vigente atribuye directamente esta competencia y, tal y como está legalmente configurado, da comienzo a instancias de la confesión que designará a cualquiera de sus miembros a los que desee atribuir la competencia para solemnizar sus matrimonios y los presentará ante el encargado del Registro, con el propósito de que queden registrados oficialmente como celebrantes autorizados y con el único requisito formalmente establecido de que se trate de personas que, en el momento de ser designadas, sean mayores de 21 años.

Iniciado el procedimiento tras esta solicitud, la ley establece las causas por las que la Administración puede rechazar esa designación e impedir el registro de la persona propuesta como celebrante autorizado, y ello ocurrirá cuando, en opinión del encargado del Registro General: a) la entidad solicitante no sea una confesión religiosa (*a religious body*); b) la particular ceremonia matrimonial utilizada por la confesión solicitante carezca de la forma adecuada; c) el individuo designado por la confesión no sea la persona apropiada para solemnizar un matrimonio; o d) cuando ya estén registradas como celebrantes autorizados las suficientes personas de esa misma confesión solicitante como para satisfacer las necesidades de esta última en este campo³⁵.

Conviene ahora detenerse en la primera de las aludidas causas de denegación que, de manera frontal, nos sitúa ante el jurídicamente siempre espinoso problema de la definición estatal de *lo religioso*, en este caso reflejado en el expediente de la valoración administrativa de la particular naturaleza de la entidad solicitante contemplado por la norma, al demandar esta del encargado del Registro un juicio acerca de si dicha entidad es o no una de las que se acomodan a la categoría de confesión religiosa acuñada por el ordenamiento estatal.

Por las razones que fuere, quizás seguramente porque en la práctica no se trate de un tema que en este país haya generado una especial conflictividad –a lo que a su vez no ha de ser ajena tanto la relativa amplitud de la lista de confesiones directamente autorizadas a estos efectos como la verificación de una praxis administrativa escasamente restrictiva sobre el particular–, es este un aspecto al que la doctrina científica escocesa no ha dedicado una gran atención, y más

³⁵ Así se expresa textualmente la sección 9(2) de la MSA: «*The Registrar General shall reject a nomination made under subsection (1) above if in his opinion— (a) the nominating body is not a religious body; or (b) the marriage ceremony used by that body is not of an appropriate form; or (c) the nominee is not a fit and proper person to solemnise a marriage; or (d) there are already registered under this section sufficient members of the same religious body as the nominee to meet the needs of that body*».

bien da la sensación de que comúnmente se considera en esa sede que el concepto legal al que nos estamos refiriendo resulta razonablemente determinable por la Administración, sin mayores dificultades, básicamente en función de lo que suele entenderse por una confesión religiosa o por el culto religioso en el plano sociológico.

Así por ejemplo, en opinión de J. Thomson, a partir de lo estipulado en la sección 9 de la MSA en su relación con la breve definición aclaratoria que, como veremos, la propia ley hace en su sección 26 y que vincula el concepto de confesión básicamente a la realización del culto religioso, en la noción legal de confesión religiosa hay que entender claramente incluidas a ciertas religiones no cristianas como por ejemplo el hinduismo o el islam pero, justo en la medida en la que esa noción se identifica con el desarrollo del culto religioso, otros grupos como los Humanistas aparentemente quedarían excluidos³⁶. Son también muy significativas a este respecto las observaciones de E. Clive quien, tras ponderar, dialécticamente, las ventajas que eventualmente tendría la implantación de un sistema de matrimonio de exclusiva formalización civil combinado con la posibilidad de celebrar después una ceremonia religiosa carente para el Estado de efectos jurídicos, señala no obstante que la experiencia ha demostrado que el actual sistema puede funcionar razonablemente bien, aun siendo algo más complicado en su configuración normativa y en su aplicación precisamente porque requiere de algún procedimiento civil de identificación o de registro de los celebrantes religiosos autorizados, sugiriendo al mismo tiempo este autor que ello no resulta en todo caso gravemente problemático desde el punto de vista del ordenamiento estatal habida cuenta, además, de que el celebrante religioso únicamente interviene en la dimensión estrictamente ceremonial del matrimonio, y destacando, al mismo tiempo, que el modelo así construido ha funcionado bien en Escocia hasta el momento sin que se haya generado una apreciable demanda social de cambio en las bases del sistema³⁷.

Esta es la tónica habitual especialmente entre los tratadistas del Derecho matrimonial que, o bien se limitan a hacer algunas breves observaciones de esa misma índole, sin entrar en un análisis más de fondo acerca de las más profundas implicaciones hermenéuticas que pudiera tener el problema de la definición estatal de lo religioso, o bien, directamente, evitan hacer cualquier otra consideración al respecto que no sea la de remitir sin más al contenido concreto de la ley en este punto.

³⁶ Cfr. J. THOMSON, *Family Law in Scotland*, *op. cit.*, pág. 14.

³⁷ Cfr. E. CLIVE, «Marriage and Cohabitation», en J. SCULAR (Ed.), *Family Dynamics: Contemporary Issues in Family Law*, Edinburgh, 2001, pág. 135.

Un problema en esencia similar al que plantea la sección 9(2)(a) de la MSA ya se había suscitado con anterioridad en el Derecho escocés aunque en un plano, podríamos decir, más restringido, también en relación con el estatus normativo del matrimonio religioso existente antes de la entrada en vigor de la reforma de 1977. En aquel entonces, el ordenamiento estatal sólo admitía la validez, junto al celebrado según los ritos cuáquero y judío, del matrimonio contraído en presencia de un ministro perteneciente a una confesión religiosa cristiana y, como quedó resaltado en el trascendente Informe *Kilbrandon* que a la postre, también se ha dicho ya, tendría una clara repercusión en buena parte de las soluciones normativas ulteriormente adoptadas por la MSA, ello imponía al encargado del Registro la gravosa carga de tener que determinar en cada caso si la confesión que aspiraba a ver autorizado a uno de sus ministros era o no una confesión cristiana, una tarea que, a juicio de la Comisión que elaboró el Informe, no sólo no estaba exenta en la práctica de graves dificultades, especialmente teniendo en cuenta que la ley no hacía en ninguna de sus previsiones el menor intento de definir lo que hubiera de entenderse legalmente a estos efectos por una confesión *cristiana* sino que, lo que es más importante, no estaba en absoluto justificada desde el punto de vista del ordenamiento estatal³⁸.

La regulación finalmente instaurada por la MSA, como es notorio, ya no obliga a los poderes públicos a pronunciarse, a efectos matrimoniales, acerca de si una determinada confesión es o no cristiana, pero sí continúa reclamando del encargado del Registro un juicio acerca de si el grupo en cuestión es o no una confesión religiosa.

Y lo que resulta un tanto contradictorio es que esta opción legislativa se apoya también en parte de lo sugerido por la propia Comisión *Kilbrandon*, para la que si bien no estaba justificada la determinación estatal de la naturaleza cristiana o no de un grupo social, sí lo estaba, sin embargo, la valoración administrativa del carácter verdaderamente religioso de la entidad solicitante, y ello no deja de ser ciertamente llamativo pues, en última instancia, la razón de fondo por la que el Informe estimó injustificada y ajena a las competencias del Estado la distinción legal entre confesiones cristianas y no cristianas parece a todas luces ser perfectamente extensible, y en los mismos términos, también a la distinción legal entre grupos religiosos y no religiosos y al trámite de su aplicación administrativa,

³⁸ Como puede leerse en el Informe *Kilbrandon*, «106. [...] (e) while the State is justified in insisting on celebrants of a certain standard, it is not in general justified in drawing up rules for determining whether a body of worshippers claiming to be Christians is a Christian denomination or not».

ambos también teóricamente injustificados bajo aquella misma premisa; si el Informe venía a sugerir implícitamente que con la legislación anterior el Estado, al dedicarse a juzgar la naturaleza cristiana o no de una confesión, estaba entrando ilegítima e injustificadamente en un terreno propio de las disquisiciones teológicas o doctrinales que le era por completo ajeno, lo cierto es que resulta muy difícil ocultar que es en semejante territorio en el que, de hecho, la MSA obliga a entrar al Estado al instarle ahora a valorar, paralelamente, la naturaleza religiosa o no de un determinado grupo social.

Hasta tal punto la Comisión era consciente en apariencia del alcance de esa razón de fondo que en el Informe llegó incluso a plantearse en términos dialécticos, como una posible solución a toda esta disyuntiva, la de la instauración de un sistema matrimonial semejante a aquellos de base continental en los que el único matrimonio válido es el que se celebra en forma civil sin perjuicio de que después los contrayentes puedan optativamente celebrar también una ceremonia religiosa carente de consecuencias jurídicas a efectos estatales, y precisamente lo hizo subrayando las indudables ventajas que ello podría llegar a tener en el sentido, justamente, de evitarle con ello al Estado el tener que pronunciarse acerca de lo que es y lo que no es religioso. Y si ya resulta muy significativo el hecho mismo de que la Comisión llegase a plantearse esta posibilidad, no lo es menos el que para descartarla finalmente adujera razones de orden eminentemente práctico y procedimental que giraban, por ejemplo, en torno a la enorme dificultad organizativa que implicaría eventualmente la implantación de ese hipotético modelo ante la falta en aquel momento del personal y de las oficinas necesarias para llevarla a cabo; todo ello, a mi juicio, ciertamente muy revelador, pues en efecto deja la inequívoca sensación de que fueron razones de mera oportunidad las que impidieron que la Comisión propusiera la definitiva superación de una praxis que ella misma implícitamente estaba juzgando injustificada.

Así las cosas, la Comisión terminaría inclinándose por la propuesta de un sistema que, si bien implicaba decididamente suprimir la tradicional discriminación de que eran objeto en este ámbito las confesiones no cristianas, al mismo tiempo mantenía vigente la distinción entre las formas civil y religiosa del matrimonio regular y la consiguiente necesidad, ya conocida, de valorar administrativamente si la entidad que solicita el reconocimiento de la eficacia civil de sus ritos matrimoniales es o no efectivamente una entidad religiosa³⁹.

³⁹ La propuesta, que por razones obvias merece la pena exponer ahora en su detalle, se desarrolla en estos términos: «115. [...] we propose the following rules for regulating

Como se aprecia, el legislador del Derecho matrimonial en la MSA ha dado acogida en lo sustancial a la propuesta del Informe *Kilbrandon* en este punto, y en ella, por tanto, está el origen de la disposición que ahora nos ocupa y que establece, en la sección 9(2) de aquella ley, la exigencia legal de que el grupo que solicita su acceso a la forma religiosa de celebración del matrimonio sea en efecto una confesión religiosa.

Cabe advertir, además, que la legislación vigente, aun asumiendo las bases del esquema de reconocimiento sugerido por la Comisión *Kilbrandon*, ha preferido emplear una expresión más genérica y potencialmente más inclusiva como la del grupo religioso (*religious body*) frente a la categoría normativa que a estos efectos proponía la Comisión, esto es, la de las iglesias (*churches*), y ello implícitamente pudiera estar denotando que el legislador, al cabo, sí era plenamente consciente de los problemas jurídicos que podía llegar a plantear la articulación de un sistema basado en el presupuesto de la delimitación estatal del concepto de confesión o de grupo religioso y trató, al menos, de reducir el margen de la controversia que pudiera suscitarse en este terreno. Como hemos podido comprobar la propia Comisión ya fue consciente de ello pues, ante

ecclesiastical marriages. It is to be understood that in these rules the word «church» means an institution which carries on the religious work of the denomination whose name it bears. On the one hand, the religion need not be Christian, and on the other hand, bodies incorporated merely for charitable or philosophical purposes may find themselves excluded. The «registrar» means the registrar issuing the marriage schedule.

Rule 1. A marriage can be celebrated according to the forms of a particular church only if the church invariably uses a form of marriage which makes it clear that the marriage is monogamous and permanent and includes a declaration, by the parties, in the presence of the celebrant and two witnesses, that they know of no legal impediment to their marriage, and that they accept each other as husband and wife to the exclusion of all others; followed by a declaration by the celebrant that the parties are now man and wife.

Rule 2. The Registrar General should publish a list of the churches which fulfil the conditions of Rule 1, and publish a revised list at not more than 5-yearly intervals thereafter.

Rule 3. The listed churches should, if the Registrar General so requires, nominate persons to celebrate marriages. A nominated celebrant must be under the disciplinary control of the church and, although he may perform functions other than ministerial or pastoral, must be set apart, in respect of his capacity to celebrate marriages, from other members of the church.

Rule 4. The Registrar General should maintain for public inspection a list of the celebrants nominated under Rule 3. 116.

116. The definition of «church» in the foregoing paragraph may give rise to controversy which ought to be resolved in the first instance by the Registrar General, subject to appeal to the Court of Session. It will be remembered that, in the context of national service, the Court has found itself interpreting the phrase «a man in holy orders or a regular minister of any religious denomination» [Walsh v. Lord Advocate, 1956 SC(HL) 126 (the Jehovah's Witnesses case)].

117. We are satisfied that the adoption of rules such as these would satisfy the legitimate requirements of the State, namely, a genuine ceremony, preceded by proper preliminaries and followed by orderly registration. At the same time they provide for the reasonable aspirations of any bona fide religious body, without discrimination, and without calling for stricter regularisation of procedures than is necessary in the public interest».

la evidencia, expresamente reconocida en el Informe, de que se trataba de un término que podría resultar controvertido en su interpretación, se vio en la necesidad, por ejemplo, de aclarar significativamente en su propuesta que el término iglesias debía entenderse también referido a las confesiones no cristianas –y ello pese a que, desde la óptica de las propias confesiones, ese es un término que no se ajusta en absoluto a la naturaleza de la mayor parte de las religiones no cristianas– y de explicar que, en última instancia, el órgano administrativo encargado de su aplicación contaba ya por entonces con algunos referentes judiciales para guiar su actuación.

Pero la MSA fue algo más decidida en este aspecto y prefirió finalmente recurrir a una fórmula distinta que, siendo el reflejo de la adopción de un concepto más amplio de religión, no requiriese de ese tipo de aclaraciones como la de que también las confesiones no cristianas estaban siendo aquí aludidas, aun cuando, con la fórmula actualmente en vigor, subsista en esencia el principal problema que jurídicamente plantea la definición legal de lo religioso, esto es, el de la obligada distinción entre las confesiones o entidades religiosas sometidas a un régimen específico, de un lado, y aquellos otros grupos sociales que carecen de esa naturaleza y por tanto quedan excluidos de dicho régimen, por otro, una discriminación que jurídicamente resulta harto problemática ya desde su aplicación administrativa y que, como se vio, también fue objeto de una observación por parte de la Comisión en su Informe en el sentido de que los grupos filosóficos habían de quedar excluidos de ese procedimiento especial.

Esta última observación de la Comisión *Kilbrandon* acerca de la exclusión de los grupos filosóficos pretendía ser aclaratoria pero, en sí misma, se limitaba a reflejar los términos del problema jurídico suscitado por la delimitación estatal de lo religioso más que a sugerir sus posibles vías de solución; los cauces para lograr esa solución en sede jurídica serían más adelante apuntados en el informe al señalar que, para la determinación del significado y alcance de la categoría legal entonces propuesta (*churches*), había de recurrirse a la jurisprudencia, y por tanto sería también en la doctrina judicial donde habría que buscar los criterios para justificar, por vía negativa, la exclusión de los grupos filosóficos del régimen especial en cuestión.

Aunque, a diferencia del Informe, la MSA no lo mencione expresamente –no tendría por qué hacerlo–, para la solución de este subsistente problema central habrá que recurrir también a los parámetros jurisprudenciales sentados sobre este tema, ya que, como veremos, la eventual denegación administrativa del reconoci-

miento del carácter religioso de un grupo social es susceptible de apelación judicial en el sistema matrimonial vigente. Además, cabe advertir que, desde el punto de vista de la determinación del significado actual de la categoría legal de confesión religiosa no es irrelevante, ni mucho menos, que el Informe de la Comisión *Kilbrandon* remitiese la solución de ese problema básicamente a lo declarado en última instancia en sede jurisprudencial, pues en el ordenamiento escocés se ha avalado, bajo ciertas condiciones, el valor interpretativo de este tipo de informes a la hora de aplicar las correspondientes normas que les subsiguieron⁴⁰ y, específicamente, ha llegado a estimarse también aceptable tomar en consideración, a ese mismo propósito hermenéutico, incluso las recomendaciones realizadas por la Comisión autora del informe⁴¹.

En torno a toda esta cuestión, la propia MSA, en su sección 26 dedicada a fijar algunos criterios hermenéuticos que habrá de tener en cuenta el aplicador de esta ley a propósito de ciertas categorías y conceptos en ella utilizados, criterios que esa disposición declara de obligada observancia a menos que del contexto normativo concreto se deduzca algo distinto –lo que no parece acontecer en el caso que nos ocupa–, proporciona inicialmente una pauta interpretativa acerca del significado de la noción legal de confesión religiosa que, por lo pronto, en su sola apariencia se antoja ya acaso en exceso tautológica y por tanto de escasa utilidad a la hora de desentrañar el significado del concepto normativo que nos ocupa: por confesión religiosa, dice textualmente la disposición, se ha de entender un grupo organizado de personas que se reúnen regularmente para llevar a cabo el culto religioso en común («*religious body*» means an organised group of people meeting regularly for common religious worship).

El objeto de atención parece desplazarse así, a estos efectos, a lo que haya de entenderse legalmente por culto religioso, y sobre este otro concepto nada se dice en esta disposición de naturaleza aclaratoria ni por lo demás en ningún otro precepto de esta ley. La mencionada sección 26 de la MSA alude además a la ley escocesa reguladora del Registro civil⁴², en el sentido de que los conceptos que sean igualmente utilizados en estas dos leyes tendrán generalmente en ambas el mismo significado, pero tampoco en esta ocasión encontramos un mayor auxilio interpretativo en esa remisión

⁴⁰ Así por ejemplo en *McIntyre v Armitage Shanks Ltd*, 1980 S. C. (HL) 46, 57 o en *Pepper v Hart* [1993] A. C. 593, 635.

⁴¹ Así entre otras en *Short's Trs v Keeper of the Registers of Scotland*, 1994 S. C. 122, 137-38.

⁴² *Registration of Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965*.

dado que ni la categoría de confesión religiosa ni la del culto religioso aparecen contempladas en la ley de 1965.

Además de esa disposición específica de la MSA encaminada a fijar el significado que debe conferirse a algunos de sus términos y categorías (una concreta técnica legislativa que es característica de la legislación en el Reino Unido⁴³), en el ordenamiento jurídico de Escocia existe también una ley destinada a esclarecer, con carácter general, el significado de algunos de los términos y expresiones más comúnmente empleados por el legislador de este país⁴⁴, pero tampoco en esta ocasión hallamos en dicha norma ninguna definición de las categorías de confesión religiosa o de culto religioso que pudiera guiarnos en la determinación del significado que tienen dichas expresiones en el sistema matrimonial.

Ante un enunciado ambiguo, impreciso o que utilice términos o expresiones que a su vez reclamen una mayor concreción o precisión, y ausente una definición legal explícita en la correspondiente cláusula interpretativa, como es el caso, lo primero que ha de hacerse es acudir a la regla que inicialmente se ha de tener en cuenta en el Derecho escocés a la hora de aplicar un precepto normativo, esto es, la de su interpretación literal o acorde al sentido propio de las palabras. Según este criterio hermenéutico, al término o a la expresión de que se trate se le ha de conceder el significado que le corresponda en el lenguaje común, es decir, el que ordinariamente tenga en la lengua inglesa (*the natural and ordinary meaning*)⁴⁵, y, a estos efectos, está admitido el recurso a lo establecido en los diccionarios de uso general⁴⁶ e, incluso, si procediese, en los más acreditados diccionarios jurídicos⁴⁷, como fuente de interpretación.

Cuando se trata de términos como, pongamos por caso, nave o aeronave, este parámetro literal seguramente sea suficiente para

⁴³ Este tipo de cláusulas interpretativas es, en efecto, característico de la legislación en el Reino Unido en general y están consagradas al esclarecimiento del significado de esos conceptos o categorías más frecuentados por la ley. Como se ha hecho notar, ello puede obedecer a que ciertos términos o expresiones legales sean intrínsecamente vagos o imprecisos, al hecho de que sean utilizados por la norma en un sentido inusual o incluso a que hayan sido creados por la ley para satisfacer un específico propósito regulador, y además aquella clarificación puede tener lugar mediante una definición concreta o simplemente especificando que el significado del término incluye alguna cosa o bien excluye otra (Cfr. R. M. WHITE e I. D. WILLOCK, *The Scottish Legal System*, Edinburgh, 1999, pág. 145).

⁴⁴ Cfr. *Interpretation and Legislative Reform (Scotland) Act 2010*.

⁴⁵ Cfr. *Peart v Stewart* [1983] 2 A. C. 109; similarmente, en alusión al sentido de los términos legales al que primero ha de recurrirse merced a este criterio literal, aquel se ha cifrado también expresivamente en el significado cotidiano, ordinario y literal de dichos términos (*their everyday, ordinary or literal meaning*) (Cfr. S. J. CROSSAN y A. B. WYLIE, *Introductory Scots Law. Theory and Practice*, Paisley, 2010, pág. 19).

⁴⁶ Cfr. *Inland Revenue v Russell*, 1955 S. L. T. 255; *Baldwin & Francis v Patents Appeal Tribunal* [1959] R. P. C. 221, 231.

⁴⁷ Cfr. *Haigh v Charles W. Ireland Ltd*, 1974 S. C. (HL) 1.

desentrañar su significado en la norma –acaso complementado con la pertinente aclaración en esas cláusulas interpretativas, especificando por ejemplo que tal o cual tipo de vehículos habrá de entenderse incluido en la categoría–. Ahora bien, en presencia de nociones como la religión o lo religioso (el culto religioso), de perfiles tan difusos y en absoluto unívocos, el criterio literal se antoja como poco insuficiente, y quien tenga dudas de que ello es así no tendrá más que acudir a la peculiar argumentación judicial expuesta en el precedente *In re South Place Ethical Society; Barralet and others v Attorney General* [1980] 3 All ER 918, en el que el juez Dillon, tras apoyarse en el diccionario de Oxford para avalar su interpretación en este caso del concepto de religión y demostrar que esta noción legal llevaba aparejadas determinadas características y requisitos, a continuación añadió una apostilla un tanto desconcertante que, en última instancia, erosionaba claramente toda la fuerza de convicción que pudiese tener su argumento: el juez reconoció que, no obstante, cabía encontrar otras posibles definiciones de religión en otros diferentes diccionarios⁴⁸.

En cualquier caso, no terminan ahí las herramientas que nos proporciona el sistema jurídico escocés a la hora de interpretar y, subsidiariamente, aplicar un determinado concepto legal cuyo enunciado se encuentre formulado de un modo abstracto, vago o más o menos indeterminado y requiera de una mayor concreción o precisión que la que *prima facie* proporciona la norma en la que se recoge.

En este sentido, como se ha puesto de relieve, cuando el recurso a los tradicionales métodos literal y teleológico de interpretación se revela insuficiente para averiguar todos los matices de significado que pueda encerrar un término o una categoría empleados por la ley, dicho significado puede ser esclarecido acudiendo complementariamente a ciertos elementos tanto internos como externos al texto legal en el que se contempla el concepto o la categoría en cuestión, siendo los primeros aquellos que provienen del examen de otras partes de la ley, como los preámbulos, las anotaciones marginales o las cláusulas interpretativas, y derivándose, los segundos, de la toma en consideración de otras fuentes de información exógenas a la ley de que se trate, como es el caso de otras normas en las que se empleen esos mismos conceptos, de la doctrina jurisprudencial o incluso de las fuentes doctrinales⁴⁹.

⁴⁸ «It seems to me that two of the essential attributes of religion are faith and worship; faith in a god and worship of that god. This is supported by the definitions of religion given in the Oxford English Dictionary, although I appreciate that there are other definitions in other dictionaries and books».

⁴⁹ Cfr. R. S. SHIELS, *Scottish Legal System*, Edinburgh, 2011, págs. 49-50.

Ya hemos visto que la elucidación del significado de la noción de confesión religiosa no se ve favorecida por el recurso a esos otros elementos internos de interpretación, pues nada parece haber en la MSA que resulte de provecho a estos efectos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de los mencionados elementos externos pues, centrándome ahora en los dos acaso más relevantes, tanto en otras leyes escocesas, como, especialmente, en sede jurisprudencial, es posible encontrar alusiones a la noción de confesión religiosa o a la de entidad religiosa, y, por tanto, en principio cabría hallar aquí algunos de esos criterios aplicativos externos que contribuyan a perfilar el significado de aquella noción en la ley sobre el matrimonio. El recurso hermenéutico a lo dispuesto en otras leyes escocesas ha sido avalado, en efecto, en sede judicial, como también lo ha sido eventualmente, incluso, el recurso a lo estipulado en leyes sobre la misma materia pero de otros países pertenecientes al Reino Unido como destacadamente es el caso de Inglaterra⁵⁰.

Hay que señalar en cualquier caso que, como advierte E. A. Marshall, a estos efectos son consideradas leyes *in pari materia* sólo aquellas que se encuentran estrechamente relacionadas entre sí y juntas forman un sistema normativo aplicable a un mismo objeto social, mientras que las leyes que simplemente tienen por objeto un asunto similar no son contempladas bajo aquella categoría y por tanto, en principio, carecen de esa función auxiliar en el plano hermenéutico⁵¹. Ello debe ser tenido en consideración al examinar las leyes a las que seguidamente voy a referirme, pues, según esa regla, en rigor posiblemente no sean susceptibles de integrarse por esa vía en el proceso de aplicación de la MSA; sin embargo, como señalan B. Clark y G. Keegan, otro de los elementos externos que instrumentalmente pueden contribuir a desentrañar el significado de un término legal ambiguo o vagamente formulado es también, desde una perspectiva más amplia, el recurso al sentido que se derive del uso habitualmente reconocido y largamente establecido de ese término en la legislación escocesa (*the long-established, recognised use of the terms*)⁵², de manera que las evidentes similitudes que se aprecian aquí, por lo que hace al concepto legal de religión utilizado en estas otras leyes, hacen que su análisis resulte, a ese propósito, sumamente ilustrativo y, en alguna medida al menos, esclarecedor.

Efectivamente, en relación con el contexto normativo en el que se inserta la MSA, idénticas o muy semejantes nociones a las de

⁵⁰ Cfr. *Fane v Murray*, 1995 S. L. T. 567.

⁵¹ Cfr. E. A. MARSHALL, *General Principles of Scots Law*, Edinburgh, 1999, pág. 97.

⁵² Cfr. B. CLARK y G. KEEGAN, *Scottish Legal System*, Dundee, 2012, pág. 33.

confesión o culto religioso aparecen reflejadas destacadamente en la legislación sobre las entidades sin ánimo de lucro, desempeñando además en ella una función jurídica selectiva aparentemente al menos similar, en la medida en la que en este otro ámbito normativo se instaura un régimen específico para las entidades sin ánimo de lucro de naturaleza religiosa, y, consecuentemente, se establece una paralela delimitación del ámbito de lo religioso o de las entidades que legalmente merecen una tal consideración al amparo de esta otra normativa.

En el ordenamiento jurídico de Escocia, como en general puede decirse del Reino Unido en su conjunto, las confesiones religiosas son equiparadas o, tal vez mejor, pueden aspirar a ser contempladas bajo la categoría legal de las entidades sin ánimo de lucro (*charities*), y, así, la legislación escocesa sobre este tema, por un lado, alude genéricamente al fin del fomento de la religión como uno de los *charitable purposes* amparados por la ley y, por otro, específicamente articula un procedimiento en cuya virtud aquellos grupos que lo deseen pueden solicitar su reconocimiento oficial como *religious charities*, siempre que cumplan determinados requisitos entre los que se encuentra, precisamente, el de que la entidad solicitante tenga como primordial objetivo la promoción o el desarrollo de la religión y, asimismo, el de que dicha entidad tenga como su principal actividad la realización habitual del culto religioso⁵³.

La adopción en esta otra ley escocesa de una categoría tan similar, tanto en su naturaleza como en su función selectiva, a la empleada en la legislación matrimonial (se trata, al fin y al cabo, de una categoría que alude a un grupo al que se le reconoce naturaleza religiosa, y en ello radica la similitud) permitiría, en una primera

⁵³ Según dispone, bajo la rúbrica *Designated religious charities*, la sección 65 de la *Charities and Trustee Investment (Scotland) Act 2005*, «(1) OSCR may designate as a designated religious charity a charity which appears to it to have— (a) the advancement of religion as its principal purpose, (b) the regular holding of public worship as its principal activity, (c) been established in Scotland for at least 10 years, (d) a membership of at least 3,000 persons who are— (i) resident in Scotland, and (ii) at least 16 years of age, and (e) an internal organisation such that— (i) one or more authorities in Scotland exercise supervisory and disciplinary functions in respect of the component elements of the charity, and (ii) those elements are subject to requirements as to keeping accounting records and audit of accounts which appear to OSCR to correspond to those required by section 44 [...]». Esta disposición, por otra parte, sustancialmente reitera la concepción y los requisitos que también a propósito de las entidades sin ánimo de lucro había contemplado la sección 3 de la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1990*, bajo un significativo encabezamiento *Designated religious bodies*. Previamente a la consagración legislativa de estas categorías, la jurisprudencia escocesa admitía el acceso a la condición de entidad sin ánimo de lucro de aquellos fideicomisos constituidos para satisfacer fines religiosos (*religious purposes*), dándose en general por supuesto que estos concernían a las grandes religiones por entonces conocidas y situándose el punto de mayor conflictividad, más bien, en el requisito de que esos fines estuviesen lo suficientemente especificados como para identificar con claridad al beneficiario del fideicomiso (*Vid.* al respecto W. A. WILSON y A. G. M. DUNCAN, *Trusts, Trustees and Executors*, Edinburgh, 1975, págs. 190-91).

aproximación, albergar ciertas esperanzas acerca de su virtualidad como elemento susceptible de arrojar alguna luz sobre el significado de la noción legal de confesión religiosa en la MSA. Sin embargo, un examen más detenido nos sitúa ante la evidencia de que, en la correspondiente cláusula interpretativa de que se acompaña la ley que regula las entidades sin ánimo de lucro no podremos encontrar, tampoco, una gran ayuda hermenéutica respecto de lo que haya que entender legalmente por religión o por actividad de culto religioso, pues en la única referencia que allí se hace a las *religious charities* el pleonasma es ya poco menos que clamoroso, al limitarse a señalar la sección 106 de esta norma que, a menos que del contexto se desprenda otra cosa, a efectos legales por entidad religiosa sin ánimo de lucro hay que entender aquella entidad que haya superado con éxito el procedimiento reglamentariamente establecido para designar a las entidades religiosas sin ánimo de lucro («*designated religious charity*») means a charity designated as such under section 65)⁵⁴.

Por lo que respecta a la legislación sobre las entidades sin ánimo de lucro aplicable en Inglaterra y Gales, la situación es ligeramente distinta, pues allí sí se concreta algo más lo que haya de entenderse por fines religiosos o, más exactamente, por fines ligados al fomento de la religión (*the advancement of religion*), cuya presencia es también un requisito para el acceso a la condición de *religious charity* en estos países. Y así, la vigente *Charities Act 2011*, con la que se consolida y reordena buena parte de la normativa precedente, en su sección 3 en la que se describen los fines que caen bajo el ámbito de aplicación de la ley, reitera la misma aclaración que ya avanzó la ley de 2006⁵⁵, en el sentido de que, en relación con el fin específico que ahora nos ocupa, por religión habrá de entenderse un concepto amplio que incluye tanto una religión que implique la creencia en más de un solo Dios como, también, otra que no implique creencia en Dios alguno⁵⁶.

⁵⁴ A menudo, como se ve, el loable afán de clarificar lo más posible el sentido de sus previsiones demostrado por el legislador anglosajón le lleva a incurrir en este tipo de obviedades que, siendo en sí mismas jurídicamente inocuas, tampoco proporcionan realmente un verdadero auxilio interpretativo a la hora de afrontar algunas dificultades como la que es ahora objeto de nuestra atención.

⁵⁵ Para una visión sintética acerca del concepto de religión que tradicionalmente prevaleció en esta materia, tanto en la praxis administrativa como en la doctrina judicial, antes de la entrada en vigor de la *Charities Act 2006*, puede verse, por todos, P. LUXTON, *The Law of Charities*, Oxford, 2001, págs. 125-35.

⁵⁶ Según dispone la mencionada sección 3 de la *Charities Act 2011*: «in paragraph (c), «*religion*» includes— (i) a religion which involves belief in more than one god, and (ii) a religion which does not involve belief in a god». Esa misma amplitud del criterio selectivo que ha de emplearse en esta materia es, de hecho, también la única conclusión que, paralelamente, cabe extraer de lo estipulado en la sección 10 de la *Equality Act 2010*, cuyo ámbito de aplicación se extiende también a Escocia y en la que se proporciona una

Dejando ahora aparte la naturaleza también en su literalidad algo tautológica de la aclaración (por *religión* hemos de entender una *religión* que implique...), que en última instancia no es sino el reflejo del mismo subyacente problema que jurídicamente plantea la definición legal de lo religioso, lo cierto es que, al menos, esta normativa ofrece un criterio algo más preciso y en todo caso expresivo del carácter amplio que debe presidir la aplicación aquí del concepto; dicho de otro modo, de estas disposiciones cabe al menos extraer la conclusión de que el legislador ha optado, a estos efectos, por un concepto de religión ampliamente inclusivo.

En todo caso, nada más ser promulgada la ley escocesa ya advirtieron S. R. Cross y P. J. Ford que la ausencia en ella de una cláusula aclaratoria sobre este aspecto, similar a la que se contiene en la normativa inglesa, no obedecía, ni mucho menos, a una deliberada decisión parlamentaria de acuñar una noción legal de lo religioso de ámbito más restringido sino que, sencillamente, era el fruto aparentemente accidental de una mera inadvertencia sobre este punto en el proceso de elaboración de la ley, de manera que cabía esperar que la Administración adoptase aquí un criterio amplio semejante al predeterminado por la regulación inglesa en aquella cláusula aclaratoria⁵⁷, y, en efecto, este ha venido siendo el caso desde entonces.

Así pues, en conclusión, en relación con el significado de los conceptos legales de confesión religiosa o de culto religioso que se utilizan, a modo de presupuestos, en el marco del sistema matrimonial de Escocia para determinar la eficacia civil de las formas religiosas de celebración del matrimonio, escasa luz parece arrojar el examen complementario de los correspondientes enunciados normativos de esa otra ley escocesa sobre las entidades sin ánimo de lucro en la que dichas nociones son igualmente empleadas, pues de ellos no se obtienen en principio mayores pautas aplicativas que las que de manera eminentemente tautológica aparecen allí normativamente consagradas, que es en definitiva lo mismo que resulta del examen de las previsiones de la propia MSA. Algo mayor es el auxilio hermenéutico que cabe obtener de la correspondiente legislación aplicable en Inglaterra y Gales, cuando menos por lo que hace a la consagración legal de un cierto concepto amplio de lo

definición legal de religión que, siendo también en esencia tautológica y por lo tanto de poca ayuda interpretativa, sí al menos consagra aquel criterio necesariamente amplio en la aplicación del concepto de religión utilizado en esta ley: «(1) *Religion means any religion and a reference to religion includes a reference to a lack of religion.* (2) *Belief means any religious or philosophical belief and a reference to belief includes a reference to a lack of belief*».

⁵⁷ Cfr. S. R. CROSS y P. J. FORD, *Charities and Trustee Investment (Scotland) Act 2005*, Edinburgh, 2006, pág. 29.

religioso, y, en este supuesto, además de las concordancias apreciables entre las leyes inglesa y escocesa y de la consiguiente permeabilidad jurídica que en general existe entre ambos ordenamientos en esta materia desde la óptica interpretativa⁵⁸, se da también otra circunstancia particular que le confiere aquí una adicional importancia: a efectos fiscales, en Escocia la normativa inglesa sobre las *charities* se considera directamente parte del Derecho interno⁵⁹, de manera que una entidad escocesa, en este caso una confesión religiosa, que aspire a ser objeto de las exenciones fiscales que contempla la legislación del Reino Unido para los entes sin ánimo de lucro, está igualmente sujeta a la delimitación que hace la ley inglesa de los fines aceptables para ese tipo de entidades (*charitable purposes*), y entre ellos, también, a la de los fines religiosos⁶⁰. Esto último implica, como ha hecho notar P. Ford, que, así como cuando se trate de aplicar la ley escocesa para reconocer la condición religiosa de una entidad y concederle así el pertinente estatus de *charity* bajo ese capítulo concreto, los jueces de ese país podrán tener en cuenta la jurisprudencia inglesa sobre el particular aunque no tenga para ellos un carácter vinculante, en el caso de que lo que se esté aplicando sea la legislación fiscal del Reino Unido en relación con una de estas entidades sin ánimo de lucro, los tribunales escoceses sí están vinculados a lo establecido sobre este tema en la jurisprudencia inglesa y, concretamente, a la definición que en esta última se haya propuesto del significado del fin del fomento de la religión⁶¹.

⁵⁸ Vid. al respecto J. KESSLER y W. GRANT, *Drafting Trusts and Will Trusts in Scotland. A Modern Approach*, Edinburg, 2013, págs. 384-85; se ha destacado a este respecto que, tradicionalmente, la legislación escocesa sobre esta materia ha venido siendo en lo esencial simplemente un reflejo de la regulación inglesa (*a shadow of its English equivalent*), tanto en lo que atañe al concepto de *charity* como en lo concerniente a la delimitación de las finalidades que podían ser contempladas bajo esa categoría (Cfr. P. FORD, «The Scottish Charity Test: Do We Really Need It?», en *Edinburgh Law Review*, 8 (2004), pág. 409).

⁵⁹ Así por ejemplo en *Russell's Ex. v Inland Revenue*, 1992 S. L. T. 438; de hecho, como se ha puesto de relieve, hasta que se produjo su consagración legal en Escocia, la categoría formal de las *charities* (o de los *trusts for charitable purposes*) generalmente no existía en el ordenamiento de este país salvo, precisamente, en relación con la legislación fiscal, y en este sentido, a la hora de aplicar en Escocia la legislación fiscal del Reino Unido, había que conceder a los términos *charity* o *charitable* el mismo significado técnico que se les atribuyese en el ordenamiento inglés (Cfr. R. R. M. PAISLEY, *Trusts*, Edinburg, 1999, pág. 11).

⁶⁰ De ahí que la *Charities Act 2006*, que en la práctica totalidad de sus preceptos sólo era aplicable a Inglaterra y Gales, por lo que respecta a sus tres primeras secciones en las que se establece el concepto de *charity* y se define el campo de sus posibles fines, fuese sin embargo también directamente aplicable en Escocia; de ahí también que la vigente *Charities Act 2011* dedique ya expresamente uno de sus preceptos complementarios, concretamente la sección 7, a especificar que sus disposiciones alusivas a los conceptos de *charity* y de *charitable purposes* serán también aplicables en Escocia.

⁶¹ Cfr. P. FORD, «The Charities and Trustee Investment (Scotland) Bill: Falling Between Two Stools?», en *King's College Law Journal*, 16 (2005), pág. 14.

Hechas todas estas consideraciones a propósito del modo en el que aparece delimitada la noción de confesión religiosa o la de fines religiosos en la legislación, lo cierto es que, como se verá, ante la hipótesis de la resolución gubernativa denegatoria del reconocimiento de un individuo como celebrante autorizado, la MSA contempla la posibilidad de recurrir, una vez agotado el trámite administrativo, a la vía judicial, y, consecuentemente, serán los tribunales, en este caso la *Court of Session*⁶², los que tendrán la última palabra acerca del significado del concepto de confesión en el marco del sistema matrimonial escocés. Análogamente, por lo que hace al régimen de las entidades sin ánimo de lucro, también la eventual decisión administrativa denegatoria de la correspondiente solicitud de acceso al estatus de *religious charity*, que en este caso corresponde inicialmente a la *Office of the Scottish Charity Regulator*, en última instancia y tras agotar también la vía administrativa puede ser impugnada en sede judicial asimismo ante la *Court of Session*, de manera que será en ambos casos la doctrina de esta alta instancia judicial la que proporcionará al aplicador de la norma los datos necesarios para determinar el significado legal de estas categorías.

Desde la perspectiva de la aplicación del concepto de confesión religiosa empleado en el sistema matrimonial, que es aquí el principal objeto de estudio, lo que acaba de señalarse nos pone nuevamente en contacto con la esfera de los antes mencionados elementos externos a los que cabe acudir complementariamente para determinar su significado, ahora referidos concretamente a ese otro aspecto, seguramente además el de mayor importancia práctica en este terreno, cual es el de la doctrina jurisprudencial. Es ahí, pues, en la doctrina de aquella alta instancia jurisdiccional, en la que el encargado del Registro está llamado a encontrar los parámetros hermenéuticos que habrán de guiarle en su actuación en este tema, y tan pertinente a ese propósito será el recurso a la jurisprudencia que directamente haya tenido por objeto la aplicación de esa noción en la MSA como, también, la consideración de aquellas otras sentencias recaídas en materia de *religious charities*, dadas las evidentes similitudes entre ambas regulaciones en este punto. Sobre ello volveré más adelante para exponer, sucintamente, los criterios más relevantes que cabe extraer de esta doctrina judicial acerca del sentido de la categoría legal de confesión religiosa.

Por lo demás y aparte del requisito de la naturaleza religiosa de la entidad solicitante, en lo que concierne a los restantes supuestos

⁶² La *Court of Session*, radicada en Edimburgo, es la máxima instancia judicial del país para asuntos civiles (*Scotland's supreme civil court*), si bien debe mencionarse que, en determinados supuestos y bajo ciertas condiciones, sus resoluciones son susceptibles de apelación ante el Tribunal Supremo del Reino Unido.

enunciados en la sección 9(2) de la MSA, como puede apreciarse, la ley deja un cierto margen de discrecionalidad a la Administración a la hora de concretar y aplicar las causas de denegación del registro solicitado, habida cuenta de que se utilizan normativamente algunas expresiones dotadas de un alto grado de indeterminación, como ostensiblemente es el caso de la exigencia de que la persona designada sea la *apropiada* para esa tarea (*a fit and proper person*), como ocurre también en relación a lo previsto para el supuesto de que el número de individuos ya registrados a instancias de la misma confesión sea el *suficiente* o, en fin, como asimismo acontece respecto del carácter *apropiado* que debe revestir la ceremonia conyugal empleada por la confesión de que se trate.

No obstante, al hilo del último de los aspectos mencionados la MSA nos proporciona un criterio adicional con el que concretar y, con ello, limitar el ámbito de discrecionalidad de que dispone aquí el encargado del Registro, pues en la sección 9(3) se especifica que una ceremonia matrimonial será la apropiada a estos efectos si incluye al menos dos elementos fundamentales: los contrayentes habrán de emitir una declaración expresa manifestando que se aceptan mutuamente como marido y mujer, formulada estando presentes ambos en el mismo acto y además en presencia también del celebrante y de dos testigos, y, en segundo lugar, habiéndose producido esto, el celebrante les declarará unidos en matrimonio. Adicionalmente, esta norma contempla también la posibilidad de que el encargado del Registro, antes de adoptar su decisión, reclame de la confesión solicitante que le sea entregada por escrito la específica fórmula empleada en sus ceremonias matrimoniales, para así poder cerciorarse aquel de que esa forma religiosa de celebración satisface las mencionadas exigencias⁶³.

Más allá de esto, la ley no establece ningún otro similar criterio de interpretación de las otras causas que pueden legítimamente justificar la denegación administrativa de la solicitud, de modo que la aplicación efectiva de cualquiera de ellas queda sujeta en cada caso al criterio subjetivo del encargado del Registro, sin más condicionantes normativos que los que *prima facie* se derivan del tenor con el que se enuncian dichas causas en la ley.

Pero el hecho de que el margen de discrecionalidad se ensanche en estos supuestos merced al carácter indeterminado de algunas de las expresiones empleadas por la norma para describir esas causas no quiere decir, ni mucho menos, que estemos aquí ante una facul-

⁶³ «[...] and the Registrar General may, before deciding whether to accept or reject a nomination, require the nominating body to produce to him in writing the form of words used at its marriage ceremonies».

tad administrativa absolutamente libre, pues se trata, en última instancia, de una potestad reglada y sometida en su ejercicio a fiscalización por parte de una instancia gubernativa superior ante la que cabe recurrir y, asimismo, sujeta también al control judicial, aunque esto último, como veremos, sólo en relación con la aplicación administrativa del requisito de la naturaleza religiosa de la entidad, y así contribuye a ponerlo de manifiesto el dato de que la ley someta inexcusablemente la hipotética resolución denegatoria a una elemental exigencia de motivación⁶⁴.

Precisamente, esa exigencia de motivación que pesa sobre la resolución gubernativa eventualmente denegatoria es la que le permitirá a la confesión de que se trate hacer efectiva la tutela judicial a la que tiene derecho, dándole la posibilidad de conocer concretamente y rebatir las razones en que se haya fundado la denegación, y será también la que, paralelamente y tras agotar la vía administrativa, permitirá a los órganos judiciales controlar la legalidad de la actuación del encargado del Registro, circunstancia que a su vez y como es lógico irá paulatinamente clarificando el significado jurídico y el alcance en este caso de la antes referida causa de denegación basada en la falta de naturaleza religiosa de la entidad. Así pues, en última instancia, será tanto en la praxis gubernativa desarrollada por la instancia competente en la resolución de los pertinentes recursos como, en su caso, en la propia dinámica jurisprudencial, donde haya que buscar el significado y el alcance de los requisitos demandados por la sección 9 de la MSA para el acceso a la eficacia civil de otras formas religiosas de matrimonio distintas de las ya expresamente reconocidas por la ley.

A todos estos efectos, la MSA establece con claridad cuáles son los cauces específicos de impugnación tanto gubernativa como, llegado el caso, judicial, de los que disponen las confesiones religiosas ante el rechazo inicial de su solicitud encaminada a ver reconocida oficialmente la condición de celebrante autorizado de uno de sus miembros.

Es en esta ocasión la sección 9(6) la que se ocupa de este tema, estableciendo unos mecanismos de garantía que responden al siguiente esquema tutelar: habiendo rechazado el encargado del Registro la correspondiente solicitud, la confesión afectada dispone de un plazo concreto desde la recepción de la resolución denegatoria, en cuyo transcurso podrá apelar a una instancia gubernativa superior, en este caso la Secretaría de Estado, y esta podrá, a su

⁶⁴ Según se dictamina en la sección 9(5), «*The Registrar General shall— [...] (b) where he rejects the nomination, by notice in writing inform the nominating body of the reasons for that rejection*».

vez, estimar el recurso obligando al encargado del Registro a reconocer como celebrante autorizado a la persona designada por la confesión con todas las consecuencias legalmente derivadas de ese estatus o, por el contrario, desestimar la pretensión y confirmar con ello la inicial resolución administrativa denegatoria, debiendo el órgano de apelación en ambos casos notificar a la confesión religiosa implicada tanto el resultado de su decisión como las razones concretas en las que esta se haya basado⁶⁵.

Por expresa determinación legal, la resolución de la Secretaría de Estado sobre este asunto será definitiva, con una sola y llamativa excepción tal y como se anticipó: en el caso de que la resolución de este órgano de apelación sea desestimatoria de la pretensión del apelante y, por tanto, confirme la inicial denegación por parte del encargado del Registro de la solicitud de reconocimiento de un celebrante autorizado, y sólo cuando la causa de dicha denegación ahora ratificada por la instancia superior haya sido la de que la entidad que instó el procedimiento no es una entidad religiosa a juicio de la Administración, se abre entonces un plazo concreto dentro del que dicha entidad podrá nuevamente apelar, en esta ocasión en vía judicial ante la *Court of Session*, que habrá de pronunciarse específicamente acerca de si en efecto se trata de una entidad religiosa o por el contrario carece de esta naturaleza; en caso afirmativo y siempre que la falta de naturaleza religiosa hubiese sido la única razón esgrimida para desestimar la apelación en vía administrativa, el encargado del Registro estará obligado a rectificar su decisión y a reconocer al individuo en cuestión su condición de celebrante autorizado⁶⁶.

Volvemos así, por lo tanto, a la identificación del elemento que, en última instancia, resulta ser la clave en la determinación del significado y alcance del concepto legal de confesión religiosa que se utiliza en el sistema matrimonial escocés, y aquel, en efecto, no es otro que la jurisprudencia de la *Court of Session*; por descontado, como se anticipó, es el caso de la recaída concretamente en la reso-

⁶⁵ «*The nominating body may, if aggrieved by a rejection under this section, within 28 days of receiving notice of that rejection, appeal to the Secretary of State, and on any such appeal the Secretary of State may direct the Registrar General to accept the nomination or may confirm its rejection and shall inform the nominating body of his direction or confirmation, as the case may be, and the reason for it; and such direction or confirmation shall be final [...]*».

⁶⁶ Según se establece en la sección 9(6), «*[...] Provided that if a reason given for a confirmation of the rejection of a nomination is that the nominating body is not a religious body, that body may, within 42 days of receiving notice of the confirmation, appeal against the confirmation to the Court of Session and seek the determination of that court as to whether the body is a religious body; and if— (a) the court determine that the nominating body is a religious body; and (b) the said reason was the only reason given for the confirmation, that determination shall be given effect to by the Registrar General as if it were a direction under this subsection to accept the nomination*».

lución de los recursos que pudieran suscitarse al amparo de lo estipulado en la sección 9(6) de la MSA, pero, indudablemente, lo es también de la sentada en materia de impugnación judicial de las denegaciones administrativas de acceso al estatus de *religious charity* bajo lo dispuesto en la correspondiente regulación.

Es más, resulta pertinente, asimismo, tener aquí en cuenta la doctrina establecida ante supuestos análogos por los tribunales ingleses, así como especialmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reino Unido (UKSC), en este último caso incluso cuando se trate de sentencias recaídas a propósito de la aplicación de normas cuyo ámbito de vigencia territorial no sea el escocés, y, en este sentido, aludiré a algunas resoluciones dictadas en el seno de la jurisdicción inglesa que pueden contribuir a esclarecer esta cuestión y haré, también, al menos una breve referencia a una reciente y muy relevante resolución de aquella alta instancia judicial del Reino Unido, dictada el 11 de diciembre de 2013⁶⁷, en la que se ha visto implicada la misma noción legal de confesión religiosa que similarmente emplea en este caso la legislación inglesa sobre el sistema matrimonial⁶⁸.

⁶⁷ *R (Hodkin and another) v. Registrar General of Births, Deaths and Marriages* [2013] UKSC 77.

⁶⁸ Las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo del Reino Unido actuando como la más alta instancia de apelación en el Derecho escocés, en los supuestos en los que así este lo contempla, son vinculantes para todos los demás tribunales de Escocia. También lo son, por regla general, cuando la UKSC decide un caso que se ha originado en otra jurisdicción, como por ejemplo la inglesa, pero que concierne a la aplicación de la legislación del Reino Unido, es decir, a la de una ley cuyo ámbito de vigencia se extiende a toda la Nación, aunque en este otro supuesto hay que señalar que en alguna ocasión la *Court of Session* ha estimado que una tal sentencia de la UKSC no tiene carácter vinculante para los tribunales escoceses sino sólo persuasivo o muy influyente (*Vid.*, por todos, C. ASHTON, «Sources of Scots Law», en VV. AA., *Understanding Scots Law. An Introduction to Scots Law, Procedure and Legal Skills*, Edinburgh, 2012, págs. 18-19). No es este último el supuesto de la reciente sentencia a la que me he referido, pues en ella se juzgó un caso relativo a la aplicación de una ley vigente sólo en Inglaterra y Gales, pero, pese a ello, podemos considerar esa resolución como uno de esos elementos externos que contribuyen jurisprudencialmente a esclarecer el significado de un concreto concepto legal en la ley escocesa, pues el hecho de que no se trate de una resolución vinculante en este país no obstaculiza esa posibilidad (que además ha sido expresamente aceptada por la jurisprudencia escocesa: cfr. *Fane v Murray*, 1995 S. L. T. 567), especialmente en un sistema jurídico como el del Reino Unido en el que la compleja dinámica de las relaciones inter-jurisdiccionales genera continuamente este tipo de mutuas influencias y de puntos de conexión jurídica entre los ordenamientos de los distintos países miembros. Uno de los ejemplos más destacables de esa dinámica es precisamente el dato de que, como se ha puesto de relieve, los tribunales escoceses citan con frecuencia las resoluciones provenientes de jurisdicciones externas, aunque lo hagan considerando dichas resoluciones meramente como una fuente de autoridad, por su carácter instructivo o persuasivo, pues en sentido estricto, al ser ajenas a la jurisdicción escocesa técnicamente no constituyen en ella precedentes que vinculen a los jueces escoceses bajo la regla del *stare decisis*; esa apelación a las jurisdicciones foráneas acontece de manera especialmente frecuente en el caso de las resoluciones judiciales procedentes de los tribunales ingleses, pero también ocurre con las provenientes de otras jurisdicciones externas a la escocesa e igualmente en la órbita del *common law*, tales como la canadiense, la australiana o la estadounidense (Cfr. R. M. WHITE, I. D. WILLOCK y H. L. MACQUEEN, *The Scottish Legal*

En este terreno, un primer dato ha de ser destacado. Si, en principio, la Administración que ha de gestionar el sistema se encuentra dificultada en su labor por la falta de unos criterios hermenéuticos más precisos y específicos para aplicar esas nociones de confesión religiosa o de culto religioso, lo cierto es que, de entrada, los tribunales no se encuentran a este respecto en una mejor situación, pues esa misma carencia de unos parámetros interpretativos más específicos en la propia normativa dificulta, exactamente en la misma medida, su aplicación judicial. Y de ahí que, como se verá seguidamente, en último término el entendimiento jurisprudencial del concepto de religión acuñado legislativamente se apoyará, de un modo a la postre determinante, en lo que a su vez se entiende comúnmente por religión en el plano sociológico, haciéndose así un uso primordial de la regla que en el ordenamiento escocés insta a acudir al sentido natural y ordinario de los términos empleados en la legislación; ello, al cabo, propiciará que, pese al criterio amplio que tenderá a prevalecer judicialmente sobre este punto, la noción de confesión religiosa que adopten los tribunales en su aplicación de las normas correspondientes esté siempre de algún modo ligada o condicionada, de manera más o menos perceptible, por la idea que generalmente se tiene en la sociedad del significado de la religión o de lo religioso.

Ya se vio que el Informe *Kilbrandon* hablaba en su propuesta no de confesiones o grupos religiosos sino directamente de iglesias, y aun cuando esa no fuese finalmente la fórmula adoptada por la ley, seguramente en la *mens legislatoris* haya estado presente ese mismo tipo de asociación de ideas que, conscientemente o no, tiende a identificar a las confesiones religiosas sólo con aquellos grupos que social e históricamente han merecido esa general consideración, y ese mismo trasfondo es detectable también en la doctrina jurisprudencial recaída sobre este tema.

System, West Sussex, 2013, pág. 312). Se ha hecho notar, en cualquier caso, que este recurso a elementos externos ha de ser empleado con extrema cautela y teniendo siempre presente las diferentes tradiciones y concepciones jurídicas subyacentes a uno u otro sistema, pues de otro modo se incurre en el riesgo cierto de producir resultados anómalos o no adecuados a los principios que rigen en el Derecho escocés (Cfr. D. M. WALKER, *The Scottish Legal System. An Introduction to the Study of Scots Law*, Edinburgh, 1999, págs. 463-64). Todo ello, indudablemente y con las cautelas apuntadas, juega a favor del importante papel interpretativo que respecto del concepto de confesión religiosa en la MSA cabe atribuir a la precitada sentencia de la UKSC de 11 de diciembre de 2013, dictada en un caso extraordinariamente similar y acaecido bajo una legislación también notablemente parecida pero en este caso ajena al ordenamiento escocés, al tiempo que invita a tomar también en consideración, con ese mismo objetivo hermenéutico, las sentencias de los tribunales ingleses recaídas en aplicación de la legislación de ese país sobre las *religious charities*, ya que además la jurisprudencia inglesa ha frecuentado mucho más esta cuestión de lo que lo han hecho los propios tribunales escoceses.

A este respecto, un estudio más en profundidad del contenido de las resoluciones judiciales atinentes a esta cuestión en la que se ve concernida, en sus distintas dimensiones e implicaciones, la aplicación del concepto legal de confesión religiosa, requeriría de un análisis más extenso e incisivo que excede con mucho de mi propósito en estas páginas⁶⁹, pero sí haré seguidamente al menos una somera referencia a los criterios más relevantes que, a la luz de esa mencionada jurisprudencia, contribuyen a delimitar el significado de la noción de confesión religiosa consagrada en la MSA, condicionando así decisivamente en esta norma el régimen de la eficacia civil de las formas religiosas de celebración.

Una primera resolución judicial merece ser ahora destacada, y esa no es otra que aquella que la propia Comisión *Kilbrandon* mencionó expresamente como una importante referencia a la que acudir inicialmente en la búsqueda del significado del concepto de confesión religiosa en la legislación matrimonial, esto es, la sentencia de la *Court of Session* dictada en el llamado caso de los testigos de Jehová⁷⁰; por razones obvias, me detendré algo más en el examen de esta resolución judicial.

Estaba aquí en discusión la aplicación de una norma, integrante de la *National Service Act 1948*, que eximía del cumplimiento de este servicio nacional a aquellas personas que hubiesen recibido las órdenes sagradas o a quienes fuesen ministros de una confesión religiosa (*a man in holy orders or a regular minister of any religious denomination*), y el pleito se suscitó ante la reclamación presentada por un miembro de los testigos de Jehová con el propósito de que, en primer lugar, este grupo fuese reconocido como una confesión religiosa a los efectos de lo previsto en esa disposición y, en segundo término, a él personalmente se le reconociese la condición de ministro de esta confesión, legalmente reclamada para hacer efectiva la exención.

La segunda pretensión sería eventualmente desestimada por el tribunal al llegar este a la conclusión de que el papel que desempeñaba esta persona dentro del grupo, el estatus específico que le había sido adjudicado según sus reglas internas de funcionamiento, no le confería en última instancia una posición sustancialmente diferenciada de los restantes miembros y que fuese jurídicamente equiparable a la condición de ministro regular aludida por la norma; ello

⁶⁹ Para un análisis más pormenorizado de este tema en el ámbito de la jurisdicción inglesa, con especial referencia a lo establecido en la reciente sentencia de la UKSC de 11 de diciembre de 2013 recaída en el caso *Hodkin*, puede verse J. R. POLO, «Sistema matrimonial y concepto legal de confesión religiosa en el ordenamiento jurídico inglés», (*En prensa*).

⁷⁰ *Walsh v Lord Advocate*, 1956 SC (HL) 126

aparte, lo que resulta ahora del mayor interés a los efectos que nos ocupan es la respuesta que la Corte dio a la primera de las pretensiones mencionadas, esto es, la de la calificación de los testigos de Jehová como una confesión religiosa, pues es aquí donde se encuentran las claves de lo que judicialmente se entiende por tal categoría.

Vaya por delante que el resultado de la decisión fue en este caso favorable a esta pretensión del recurrente, declarándose que efectivamente los testigos de Jehová constituían una confesión religiosa en sentido legal, pero lo que es ahora más pertinente señalar es que el tribunal, tras indicar que no se proponía formular una definición general de la categoría de confesión religiosa susceptible de comprender todos los posibles supuestos, enumeró una serie de requisitos que debería necesariamente satisfacer un determinado grupo social para ver oficialmente reconocida su condición de confesión religiosa a los efectos de lo entonces estipulado en la norma objeto del litigio. De este modo, la sentencia instauró lo que podríamos denominar una suerte de *test de religiosidad*, en cuya virtud el acceso a la referida categoría legal depende de que el grupo solicitante: a) exista para satisfacer unos fines o un propósito religioso; b) profese unas creencias religiosas distintivas, en el sentido de que lo distingan netamente de otros grupos religiosos; c) esté organizado como un grupo independiente, sometido a su propio sistema de culto, de gobierno y de disciplina; y d) su número de miembros sea razonablemente amplio⁷¹.

Los dos últimos requisitos son visiblemente de orden formal y, como es lógico, no plantean especiales dificultades aplicativas o al menos no lo hacen en relación al problema sustantivo de la verdadera naturaleza religiosa del grupo en cuestión. Este problema, por tanto, se focaliza en los dos requerimientos anteriores y, particularmente, en el primero de ellos alusivo a los fines religiosos a los que responde la propia existencia del grupo solicitante, pues en la observancia de este requisito parece estar ya implícita la consecuencia de que las creencias profesadas por ese grupo sean en efecto también religiosas, de modo que el elemento del test relativo a este último punto parece fundamentalmente dirigido a constatar no tanto la naturaleza religiosa de esas creencias como sí su carácter propio y distintivo de ese grupo en cuestión, quedando esta percep-

⁷¹ «[...] a body such as Jehova's Witnesses must be a religious denomination if the following conditions are satisfied: 34(a) if it exists for religious purposes, (b) if it professes religious beliefs which are distinctive in the sense that they distinguish it from other religious bodies, (c) if it is organised as a separate body under its own system of worship, government and discipline, and (d) if its membership is reasonably substantial.» (Walsh v. Lord Advocate, 1956 SC (HL) 126, 131-32).

ción por lo demás corroborada por el razonamiento del tribunal en su aplicación al caso de este elemento del test.

Así pues, nuestra atención ha de centrarse aquí en el criterio utilizado para determinar la naturaleza religiosa o no de los fines del grupo solicitante (algo que, por cierto, le resultará sin duda familiar a quien esté habituado al estudio de toda esta problemática en el Derecho español).

Y a este respecto, no deja de ser ciertamente revelador que la *Court of Session*, en su valoración del cumplimiento de este primer elemento del test, se limite a declarar que ha quedado ampliamente clara la naturaleza religiosa de los fines del grupo, razón por la cuál solo le resta en este punto determinar la sinceridad o no con la que tales fines son perseguidos⁷².

El tribunal no explica con mayor concreción por qué considera que ese extremo ha quedado tan claro, de modo que hemos de retroceder en la sentencia para tratar de identificar los elementos probatorios relacionados con esa declaración y de los que podríamos tal vez deducir, en consecuencia, algún parámetro de general aplicación sobre este requisito. Así, al hilo de las pruebas que se le han presentado, los aspectos que destaca el tribunal en ese terreno y que presumiblemente deben haber contribuido a forjar su declaradamente clara percepción de la religiosidad del grupo son, entre otros, los siguientes: los testigos de Jehová están sujetos en su organización a la llamada regla teocrática, esto es, al Gobierno de Dios; entre las actividades del grupo figuran reuniones de discusión en común sobre problemas prácticos del estudio de la Biblia que se abren y se culminan con un acto de «canto y oración», sermones semanales abiertos al público o, también, un acto anual conmemorativo de la última cena; los aspirantes a formar parte del grupo han de pasar por una ceremonia de bautismo en la que previamente son preguntados, entre otras cuestiones y dicho resumidamente, si creen en Dios Jehová y si están comprometidos con Dios a hacer en todo caso su voluntad según Su Palabra revelada; o también, y aparentemente con un peso especial en la decisión judicial, se subraya que en los documentos que rigen la actuación de su órgano rector se expresan una serie de fines como, por ejemplo, predicar la palabra del reino de Dios bajo Jesucristo a todas las naciones o difundir las verdades de la Biblia en varios idiomas, poniendo también la sentencia especial énfasis en el dato de que los testigos de Jehová se consideran miembros de un grupo que

⁷² «In regard to the question whether they exist for religious purposes, it is abundantly clear that they profess to do so, and it seems to me that the only matter for enquiry under this head is whether they are sincere in doing so» (*Walsh v. Lord Advocate*, 1956 SC (HL) 126, 132).

ellos mismos reputan religioso así como en el de que los integrantes de sus órganos rectores que han declarado en el juicio han manifestado expresamente el carácter religioso de aquellos fines.

Llegados a este punto, el enfoque mismo y los razonamientos aquí empleados por el tribunal arrojan una conclusión que, en esencia, podría formularse del modo que sigue: a efectos legales, los fines de un grupo serán religiosos si el propio grupo así los considera, siempre que, en algún sentido, se compadezcan con la idea que generalmente se tiene de la religión o de lo religioso en el contexto social (y por tanto, según ello, siempre que en general se relacionen de algún modo con el culto a Dios o a la divinidad)⁷³; si se dan estas circunstancias, para cuya verificación no se aporta en la sentencia un criterio más preciso que el que implícitamente remite a esa especie de conciencia social acerca de lo que es la religión, lo único que resta por valorar es el carácter genuino o no del compromiso del grupo con esos fines o, por expresarlo de otro modo, la sinceridad de los miembros del grupo en la aceptación de esos fines y en la consiguiente profesión de esas creencias auto-percibidas como religiosas.

Por otra parte, una conclusión semejante y unos criterios realmente muy similares pueden encontrarse, también, respaldados por la doctrina jurisprudencial sobre la determinación del significado de la categoría de confesión religiosa en el marco de la legislación en materia de entidades sin ánimo de lucro.

Este tema ha tenido sin duda un mayor recorrido en el ámbito de la jurisdicción inglesa y a ella me referiré ahora, brevemente, bajo la doble premisa, ya explicitada, de que también lo establecido en esta jurisdicción *in pari materia* constituye un elemento válido de interpretación de la normativa escocesa, en general, y constituye además, propiamente, Derecho interno escocés por lo que afecta a la determinación del concepto de fines religiosos en el marco del acceso de las confesiones escocesas a las exenciones fiscales previstas en la legislación del Reino Unido sobre las entidades sin ánimo de lucro, en particular.

En la delimitación judicial del concepto de las *religious charities* está también en juego, análogamente, el tema de la definición estatal de lo religioso, en esta ocasión a partir de la articulación de un estatus específico para las entidades sin ánimo de lucro de natu-

⁷³ Es también muy significativo en ese sentido el hecho de que el tribunal, como señala D. M. Walker, deliberadamente evitase también cualquier intento de formular una definición general de la categoría legal de *regular minister*, limitándose a subrayar algunos de sus atributos característicos como, por ejemplo, la presencia de un cierto estatus pastoral o espiritual distintivo y que confiriese a su poseedor una posición peculiar y en algún sentido superior a la de los restantes miembros del grupo (Cfr: D. M. WALKER, «National Service- Exemption for «regular minister», *The Juridical Review*, 1956, pág. 270).

raleza religiosa al que, lógicamente, sólo podrán acceder aquellos grupos que en efecto tengan fines religiosos o, más concretamente, fines orientados al fomento de la religión (*purposes conducive to the advancement of religion*), pues de otro modo la instauración de ese estatus específico carecería de sentido.

Sentado esto, al igual que, a semejanza de lo que ocurre en la legislación matrimonial, no contamos en la normativa sobre esta otra materia con una definición legal precisa de lo que haya de entenderse exactamente por fines religiosos o por un grupo religioso, tampoco hallaremos una tal definición en la praxis jurisprudencial desarrollada en este terreno, de manera que el entendimiento judicial del significado y el alcance aquí de esas categorías debe extraerse del conjunto de los razonamientos empleados en esta sede para conceder o denegar, según los casos, el acceso del grupo reclamante a la condición de *religious charity*.

Pues bien, a este respecto hay que señalar que, en lo fundamental, tradicionalmente los tribunales ingleses han venido asumiendo un criterio relativamente amplio sobre esta cuestión, en el sentido de que, pese a la herencia y el sustrato inequívocamente cristianos que caracterizan globalmente a la sociedad británica, la noción de lo religioso, como por otra parte era de esperar, no se ha limitado en ningún caso al ámbito del cristianismo. A este respecto, suele citarse a menudo un célebre pasaje del Juez Cross que resume perfectamente la premisa adoptada, proclamando que el Derecho debe mantenerse neutral ante las diferentes religiones pero asumiendo al mismo tiempo que una religión es mejor que ninguna⁷⁴. A partir de ahí, la jurisprudencia ha venido aceptando como religiosos la naturaleza y los fines de un grupo social siempre que, al menos, estos remitiesen de algún modo a la idea que por lo común se tenía en la sociedad de la religión o de lo religioso, una idea, podríamos decir, genéricamente concerniente a la relación del hombre con Dios o con lo divino, e incluso, como ha señalado A. J. Oakley, cabe apreciar globalmente una praxis aun más restrictiva en este punto en la medida en la que los tribunales, tradicionalmente, sólo han venido admitiendo bajo la correspondiente categoría de los *charitable purposes* a las religiones monoteístas⁷⁵.

Ello propició, por ejemplo, que se denegase el carácter religioso de una logia masónica al juzgarse que sus fines no podían ser considerados como orientados al fomento de la religión, ya que este último implicaba, a juicio del tribunal, entre otros aspectos la

⁷⁴ «As between different religions the law stands neutral, but it assumes that any religion is at least likely to be better than none» (*Neville Estates Ltd v Madden* [1961] 3 All ER 769).

⁷⁵ Cfr. A. J. OAKLEY, *The Modern Law of Trusts*, London, 2003, pág. 464.

difusión de las creencias religiosas a través de una serie de medios que globalmente podían ser calificados como «pastorales y misioneros», una calificación que el órgano judicial estimó inaplicable a las actividades del grupo solicitante⁷⁶; ello permitió, también, que a la Iglesia de la Cienciología le fuese denegada la inscripción de uno de sus edificios como un lugar de reunión para el culto religioso, al amparo de lo dispuesto en la PWRA, al ser considerada aquella como un grupo adherido a una filosofía de la existencia y no estrictamente a una religión, sobre la base de que esta última implicaba necesariamente el culto a Dios o a una deidad⁷⁷; y ello, al cabo, ante un caso en el que estaba implicada una sociedad cuyos fines declarados eran los del estudio y la difusión de los principios éticos, así como el cultivo de un sentimiento religioso racional, condujo asimismo a que un tribunal denegase su acceso a la condición de *religious charity* aduciendo, textualmente y en otro pasaje citado con no menor frecuencia, que la religión tiene que ver con la relación del hombre con Dios mientras que la ética concierne a la relación del hombre con el hombre⁷⁸.

Sin embargo, este enfoque jurisprudencial quedó expresamente desautorizado con la promulgación de la *Charities Act 2006*, que explícitamente proclamó que, a los efectos de esa norma, la religión incluía tanto la creencia en más de un Dios como la falta de creencia en Dios alguno, un criterio amplio que ulteriormente se vería confirmado, en muy similares términos, por la *Equality Act 2010*⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. *United Grand Lodge of Ancient Free and Accepted Masons of England v Holborn Borough Council* [1957] 3 All ER 281.

⁷⁷ En palabras de Lord Denning, en *R v Registrar General, ex p Segerdal* [1970] 2 QB 697, «We have had much discussion on the meaning of the word 'religion' and of the word 'worship', taken separately, but I think that we should take the combined phrase, 'place of meeting for religious worship' as used in the Act of 1855. It connotes to my mind a place of which the principal use is as a place where people come together as a congregation or assembly to do reverence to God. It need not be the God which the Christians worship. It may be another God, or an unknown God, but it must be reverence to a deity. There may be exceptions. For instance, Buddhist temples are properly described as places of meeting for religious worship. But, apart from exceptional cases of that kind, it seems to me the governing idea behind the words 'place of meeting for religious worship' is that it should be a place for the worship of God».

⁷⁸ Así lo expresa el Juez Dillon en *Barralet and others v Attorney General* [1980] 3 All ER 918, «Religion, as I see it, is concerned with man's relations with God, and ethics are concerned with man's relations with man. The two are not the same, and are not made the same by sincere inquiry into the question, what is God. If reason leads people not to accept Christianity or any known religion, but they do believe in the excellence of qualities such as truth, beauty and love, or believe in the Platonic concept of the ideal, their beliefs may be to them the equivalent of a religion, but viewed objectively they are not religion».

⁷⁹ Recordemos ahora que la sección 3 de la *Charity Act 2011*, reiterativa de lo que dispuso la ley de 2006, establece lo que sigue: «in paragraph (c), «religion» includes—(i) a religion which involves belief in more than one god, and (ii) a religion which does not involve belief in a god». Y recordemos también lo que estipula la sección 10 de la *Equality Act 2010*: «(1) Religion means any religion and a reference to religion includes a reference

Esta normativa produjo una suerte de ensanchamiento, por así decirlo, del ámbito de los grupos y fines que caen bajo el concepto legal de religión, marcando una tendencia que se ha visto confirmada recientemente, al más alto nivel jurisdiccional, por la última de las resoluciones judiciales que voy a mencionar sobre toda esta cuestión, y la previa mención al caso *Segerdal* adquiere ahora un carácter particularmente oportuno dado que, precisamente, estoy hablando de la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido que ha dado al traste con el fallo de aquella decisión y ha declarado, al fin, la naturaleza legalmente religiosa de la Iglesia de la Cienciología⁸⁰. Esta importante resolución, por sí sola, merecería sin duda un comentario más detallado, pero baste ahora señalar que con ella se consolida esa apuntada tendencia hacia un concepto más amplio e inclusivo de la religión y de lo religioso, citándose además significativamente a estos efectos, como parte del fundamento de la decisión, precisamente lo estipulado en las dos normas a las que acabo de referirme.

En suma, del análisis de toda esta doctrina jurisprudencial se obtiene la inequívoca percepción global de que subsiste aún, básicamente irresoluto, el problema jurídico que en sí misma plantea la definición estatal de lo religioso, y la tendencia a determinar el alcance del concepto legal de religión bajo un criterio cada vez más amplio no logra ocultar el hecho de que, en última instancia, los tribunales, por lo general, se han visto obligados a presuponer un significado de esa noción que, a falta de otras pautas legislativas más precisas, termina remitiendo a una cierta idea socialmente admitida de la religión, lo que en el plano estrictamente jurídico representa un concepto de contornos difusos y a la postre inevitablemente inciertos, y de ahí seguramente las formulaciones a menudo tautológicas que sobre este aspecto se observan tanto en la ley como en la argumentación judicial. Tan temprano como en 1976 advertía el prof. F. Lyall, en el marco de una lección inaugural impartida en la Universidad de Aberdeen, que el Derecho escocés carecía por entonces de un concepto de religión mínimamente satisfactorio, razón por la cual se disponía este autor a utilizar esa noción en su sentido común u ordinario por razones de mera conveniencia práctica (*as a convenient shorthand*)⁸¹; casi cuatro décadas después y a la vista de la evolución

to a lack of religion. (2) Belief means any religious or philosophical belief and a reference to belief includes a reference to a lack of belief».

⁸⁰ Cfr. *R (Hodkin and another) v. Registrar General of Births, Deaths and Marriages* [2013] UKSC 77.

⁸¹ Cfr. F. LYALL, «Religion and Law», en *The Juridical Review*, 21 (1976), págs. 58-59.

tanto de las leyes como de la jurisprudencia, estas apreciaciones mantienen hoy todo su sentido y plena vigencia.

Ya en otro orden de consideraciones hay que hacer notar que, si bien todo lo antedicho se aplica al supuesto de la denegación administrativa, en primera instancia, de la solicitud de reconocimiento de la condición de celebrante autorizado, en caso contrario, esto es, de no apreciarse inicialmente la concurrencia de ninguna de las causas de denegación legalmente previstas, el encargado del Registro deberá aceptar la solicitud de la confesión religiosa de que se trate y procederá a reconocer oficialmente la condición de celebrante autorizado de la persona designada, fijando en todo caso el período concreto de tiempo durante el cual esa persona queda habilitada para solemnizar válidamente matrimonios —que en ningún caso será superior a tres años aunque podrá ser renovado mediante una nueva autorización⁸²— y pudiendo, además, circunscribir el ejercicio de esta competencia sólo a un ámbito territorial determinado o someterlo a aquellas otras condiciones que ese órgano autorizante considere oportunas⁸³. Asimismo, el encargado del Registro deberá notificar su aceptación tanto al individuo designado como a la confesión solicitante de su reconocimiento oficial, especificando en dicha notificación tanto el período de validez de la autorización administrativa como las condiciones impuestas al ejercicio de la competencia atribuida al sujeto autorizado, si las hubiere, e igualmente procederá aquel órgano a la inscripción de todos estos datos, incluyendo el nombre de la persona reconocida como celebrante autorizado y el de la confesión que lo ha designado para tal fin, en un Registro que será de acceso libre y gratuito para todo aquel que desee consultarlo⁸⁴.

Hasta aquí lo que podríamos considerar como el procedimiento ordinario legalmente instituido para obtener la condición de cele-

⁸² «Provided that nothing in paragraph (a) above shall preclude the Registrar General from accepting a further nomination of that nominee, in accordance with this section, to take effect at any time after the end of the period determined by the Registrar General under the said paragraph (a)» (Cf. Sección 9(4)(b) in fine).

⁸³ Conforme a lo dispuesto en la sección 9(4), «Where the Registrar General accepts a nomination made to him under subsection (1) above, he— (a) shall determine the period during which the nominee shall be empowered to solemnise marriages, being a period of not more than 3 years; and (b) may determine that the nominee shall be empowered to solemnise marriages only in such area as the Registrar General may specify, and may make his acceptance subject to such other conditions as he thinks fit».

⁸⁴ Tal y como señala la sección 9(5): «The Registrar General shall— (a) where he accepts a nomination made to him under subsection (1) above— (i) so inform the nominee and the nominating body, specifying the period during which the acceptance shall have effect and any condition to which the acceptance is subject; (ii) enter the name of the nominee, the nominating body and such other particulars as he deems appropriate in a register which he shall establish and maintain and which shall be made available for public inspection at all reasonable times without charge [...]».

brante autorizado de uno de los miembros de cualquiera de las confesiones religiosas que no tienen ya directamente reconocida esa competencia por expresa determinación legislativa.

Pero además de estos supuestos, la sección 8 de la MSA, en la que se determinan las personas que podrán válidamente solemnizar el matrimonio, alude también a aquellos individuos que hayan sido temporalmente autorizados a tal efecto conforme a lo estipulado a su vez en la sección 12 de esa ley.

Se trata de un procedimiento especial en cuya virtud una persona, que ha de ser mayor de veintiún años, podrá ser temporalmente autorizada por escrito, por parte del encargado del Registro General, para solemnizar, válidamente y bajo los términos y condiciones eventualmente estipulados en la autorización, aquellos matrimonios específicamente señalados en la misma o bien cualquier matrimonio religioso durante el período de vigencia expresamente determinado en el documento de autorización⁸⁵. Como ha hecho notar E. M. Clive, en la práctica este procedimiento suele utilizarse para conceder temporalmente la condición de celebrante autorizado a las personas que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: a) celebrantes autorizados que ya han sido registrados como tales al amparo de la sección 9 pero cuyo ámbito territorial de competencia no incluye el lugar del matrimonio para el que ahora se solicita la autorización temporal; b) ministros de culto provenientes de fuera de Escocia a los que se les ha solicitado asistir a la celebración de un matrimonio en este país pero que no reúnen todas las condiciones legalmente exigidas en esa disposición para ser reconocidos como celebrantes autorizados; o c) ministros de culto extranjeros que se encuentran temporalmente en Escocia realizando labores pastorales (*pulpit exchange*) para una confesión religiosa reconocida⁸⁶.

Finalmente, la ley regula también con cierto detalle las causas y el procedimiento de remoción por el que un celebrante autorizado podrá ser oficialmente desprovisto de esta condición⁸⁷, así como

⁸⁵ La mencionada sección 12, bajo el encabezamiento *Temporary authorisation of celebrants*, dispone en efecto lo que sigue: «*The Registrar General may, in accordance with such terms and conditions as may be specified in the authorisation, grant to any person a temporary written authorisation to solemnise— (a) a marriage or marriages specified in the authorisation; or (b) marriages during such period as shall be specified in the authorisation: Provided that the authorised person must at the date of the granting of the authorisation be 21 years of age or over.*».

⁸⁶ Cfr. E. M. CLIVE, *The Law of Husband and Wife in Scotland*, Edinburgh, 1997, pág. 35.

⁸⁷ Establece a este respecto la sección 10, bajo la rúbrica *Removal of celebrant's name from register*, lo que sigue: «*(1) Subject to the provisions of this section, the Registrar General may remove the name of a person registered under section 9 of this Act from the register on the ground that— (a) that person has requested that his name should be so removed; or (b) the body which nominated that person under section 9(1) of this Act no*

los supuestos y la forma en la que bajo determinadas circunstancias se habrá de proceder a modificar los datos obrantes en el correspondiente registro de celebrantes autorizados⁸⁸.

3.2 LA CEREMONIA DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO RELIGIOSO Y SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL

En contraste con la más detallada y extensa regulación que la MSA dedica al estatuto del celebrante autorizado, se aprecia una mayor sobriedad en el régimen jurídico en esta ley tanto de la celebración del matrimonio en sentido estricto, esto es, de la ceremonia que ha de verificarse en el momento de la constitución del vínculo marital, como en el que concierne a la ulterior inscripción registral del enlace.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la ley menciona una serie de requisitos previos que constituyen presupuestos necesarios para que la celebración del matrimonio religioso pueda llevarse a

longer desires that he should be so registered; or (c) the marriage ceremony used by the said body is no longer of an appropriate form within the meaning of section 9(3) of this Act; or (d) that person— (i) has, while registered as an approved celebrant, been convicted of an offence under this Act; or (ii) has, for the purpose of profit or gain, been carrying on a business of solemnising marriages; or (iii) is not a fit and proper person to solemnise marriages; or (iv) for any other reason, should not be so registered. (2) The Registrar General shall not remove the name of a person from the register on any ground mentioned in subsection (1)(d) above unless he has given to that person at least 21 days notice in writing of his intention to do so. (3) The Registrar General shall— (a) in the notice given under subsection (2) above, specify the ground of removal and call upon the said person to show cause, within the period specified in the notice, why his name should not be removed from the register; and (b) consider any representations made to him within the said period by that person. (4) Where a person's name has been removed from the register on any of the grounds mentioned in paragraphs (c) and (d) of subsection (1) above, that person or the body which nominated him under section 9(1) of this Act may, if aggrieved by the removal, within 28 days of receiving notice of the removal appeal to the Secretary of State, and on any such appeal the Secretary of State may give such direction as he thinks proper to the Registrar General as to the removal from, or restoration to, the register of that name; and such direction shall be final. (5) Where a person has received a notice in pursuance of subsection (2) above, he shall not solemnise a marriage unless and until his name is restored to the register or, as the case may be, the Registrar General has decided not to remove his name from the register».

⁸⁸ Es en este caso la sección 11 de la MSA la que, bajo el encabezamiento *Alterations to register maintained under s. 9*, dictamina: «A body registered in pursuance of section 9(5)(a)(ii) of this Act shall notify the Registrar General of any of the following events (if practicable, within 21 days of its occurrence)— (a) any change in the name or the address of the body or any amalgamation with any other religious body, giving the name and address of any approved celebrant who is a member of the body so registered; (b) the death of an approved celebrant who is a member of the body so registered; (c) any change of name, address or designation of an approved celebrant who is a member of the body so registered; (d) the cessation of an approved celebrant who is a member of the body so registered from exercising the functions of an approved celebrant, giving his name and address; and the Registrar General shall, on receipt of any such notification, make whatever alteration to the register maintained by him under section 9 of this Act as he considers necessary or desirable».

cabo válidamente (la norma habla aquí de requisitos preliminares⁸⁹). Concretamente, la sección 13 indica que el matrimonio no podrá solemnizarse válidamente a menos que: a) los contrayentes hagan entrega al celebrante autorizado, antes de la ceremonia matrimonial, del pertinente certificado matrimonial (*Marriage Schedule*) expedido conforme a los requerimientos legalmente establecidos; b) ambos contrayentes estén presentes en el mismo acto de celebración; y c) se hallen también presentes en ese acto dos personas mayores de dieciséis años actuando en él como testigos⁹⁰.

Los dos últimos requisitos, obviamente, se explican por sí solos, pero el primero de ellos ha de ser puesto en relación con las peculiaridades, por lo demás de orden accesorio y fundamentalmente procedimental, que presenta la regulación del certificado matrimonial para el caso de la modalidad del matrimonio religioso, contempladas en el marco del régimen general de expedición de ese certificado que se delimita, como vimos, en la sección 6 de la MSA.

Y así, a tenor de lo estipulado en esta norma, en lo sustancial ese certificado, que en cualquier caso ha de expedir el encargado del Registro, no difiere en sus caracteres básicos respecto del que se requiere en el caso del matrimonio civil, y, por tanto, estamos también aquí en presencia de un documento con el que la Administración, tras haberle sido notificada la intención de celebrar el enlace, acredita que los contrayentes no carecen de capacidad matrimonial y que no existe impedimento legal a la válida celebración del matrimonio religioso. Ahora bien, dado que este último no va a solemnizarse en presencia de la autoridad civil certificante sino ante un celebrante autorizado miembro de una confesión religiosa, la ley específica que en este caso el encargado del Registro hará entrega a los contrayentes, en la oficina registral, del certificado matrimonial que estos ulteriormente habrán de trasladar al celebrante antes de dar comienzo la ceremonia del connubio, y en ello estriba la peculiaridad más notable del régimen del certificado

⁸⁹ El precepto formalmente se consagra a los *Preliminaries to solemnisation of religious marriages*.

⁹⁰ Aunque ello no tiene ahora mayor importancia, pues en definitiva se trata de requisitos cuya observancia ha de constatarse en el momento mismo en el que acontece la constitución del vínculo marital y esto es aquí lo verdaderamente relevante desde el punto de vista de la validez del matrimonio, desde una perspectiva teórica en cierto modo podría afirmarse que sólo el primero de ellos tiene un carácter propiamente preliminar, en el sentido de que, como es obvio, para poder entregar al celebrante el certificado matrimonial este deberá haber sido previamente solicitado y obtenido de la autoridad competente, mientras que los dos últimos, más que anteceder a la ceremonia nupcial forman parte de ella y determinan jurídicamente sus características y desarrollo por lo que hace a sus intervinientes. La disquisición quizás sea en exceso sutil y, en todo caso, como se ha dicho, carece aquí de mayor trascendencia desde la perspectiva de la consideración de aquellos requisitos de los que legalmente depende la validez del matrimonio, pues todos ellos son igualmente esenciales a estos efectos.

matrimonial por lo que hace al matrimonio religioso⁹¹; esto último debe ser además puesto en relación con la única especialidad que contempla la ley para los matrimonios religiosos a propósito del régimen de las llamadas objeciones al matrimonio, esto es, aquella que determina que, en los casos en los que por un tercero le sea formulada una de esas objeciones al encargado del Registro cuando este ya hubiere entregado a las partes el correspondiente certificado matrimonial, si ello fuese posible habrá de notificarse dicha objeción al celebrante autorizado advirtiéndole de que no debería proceder a solemnizar el enlace en tanto esa objeción esté pendiente de resolución⁹².

En lo que respecta ya al desarrollo concreto de la ceremonia nupcial la MSA, en su sección 14, establece una distinción fundamental dependiendo del tipo de matrimonio religioso de que se trate.

De un lado, cuando el celebrante autorizado sea miembro de alguna de las confesiones a las que la ley directamente atribuye esta competencia, esto es, de la Iglesia de Escocia o de alguna de las iglesias mencionadas en las *Marriage (Prescription of Religious Bodies) (Scotland) Regulations 1977*, en ese caso la forma de la ceremonia que se requiere para la validez del matrimonio será la que estas confesiones reconozcan como suficiente para solemnizar sus matrimonios; de otro, en presencia de un celebrante autorizado perteneciente a cualquier otra confesión, la forma ceremonial legalmente demandada será aquella que conforme a sus ritos propios establezca dicha confesión siempre que incluya, al menos, algún tipo de declaración de los contrayentes expresando su voluntad conyugal, formulada estando presentes ambos en el mismo acto junto con el celebrante y los testigos, así como una manifestación subsiguiente del celebrante declarándoles unidos en matrimonio⁹³.

⁹¹ Así lo expresa la sección 6(1): «*Subject to subsection (4) below, in the case of a marriage to be solemnised by an approved celebrant, the Marriage Schedule completed in accordance with subsection (1) above shall be issued by the district registrar at the registration office to one or both of the parties to the intended marriage*». De no mucho mayor calado es la otra peculiaridad, contemplada en la sección 6(5), que también afecta en este punto al matrimonio religioso a propósito de la explícita previsión legal que obliga a celebrar este último en el lugar y la fecha exactas señalados en el *Marriage Schedule*, pues además, como se dijo, la norma contempla también en este supuesto la posibilidad de emitir una nueva certificación o, en su caso, de introducir modificaciones en la ya existente para adaptarla al correspondiente cambio de las circunstancias de tiempo y lugar en las que deba ahora celebrarse el matrimonio.

⁹² Según dispone la sección 5(2)(b)(iii) de la MSA, «*where, in the case of a marriage to be solemnised by an approved celebrant, the Marriage Schedule has already been issued to the parties, if possible notify that celebrant of the objection and advise him not to solemnise the marriage pending the said consideration*».

⁹³ El precepto referido se pronuncia en estos términos: «*An approved celebrant who is a person specified— (a) in section 8(1)(a)(i) or (ii) of this Act shall not solemnise a marriage except in accordance with a form of ceremony recognised by the religious body to which he belongs as sufficient for the solemnisation of marriages; (b) in section 8(1)(a)*

En el trasfondo de esta distinción parece estar implícito el hecho de que el Estado, al conferir directamente la competencia en esta materia tanto a la Iglesia de Escocia como a las restantes confesiones legalmente enumeradas a tal fin, ha debido ya de constatar que todas ellas emplean ceremonias maritales que se atienen, en lo esencial, a los elementales requisitos de validez derivados de la propia naturaleza de la institución marital en el Derecho escocés, pues de otro modo no tendría sentido que las hubiera mencionado o incorporado a aquél catálogo de confesiones justamente con este propósito. En última instancia, pues, no se estaría aquí configurando una diferencia sustantiva en cuanto a los requisitos ceremoniales exigidos a unas confesiones o a otras, sino que más bien se estaría simplemente dando por sentado que, respecto de algunas confesiones, ya se ha comprobado la validez a estos efectos de sus privativos ritos conyugales mientras que, respecto de otras, por el contrario, esa comprobación ha de ser verificada *ad casum* en el momento de conferir a cualquiera de sus miembros la condición oficial de celebrante autorizado.

Con todo, esta cuestión, siendo más concreta y específica dentro del esquema legal del matrimonio, responde al mismo criterio que ya en una perspectiva más general adopta el ordenamiento escocés a propósito del estatuto de los distintos matrimonios religiosos civilmente admitidos, en el sentido de que ya en la propia sección 8 de la MSA se traza esa misma división troncal que distingue en este ámbito a las confesiones entre aquellas que directamente ven reconocida su competencia matrimonial por el Estado, de una parte, y aquellas otras a las que tal reconocimiento sólo les puede venir dado de manera casuística, de otra. Y de ahí que, por ejemplo, en esta misma perspectiva más general E. E. Sutherland haya denunciado el hecho de que todo este régimen del matrimonio religioso presuponga lo que este autor denomina dos niveles o planos jurídicos de lo religioso, o de las confesiones religiosas (*two tiers of religion*) en su percepción por el Estado, esto es, el plano de las confesiones en las que la Administración ha depositado a priori su confianza en que generalmente son aptas para organizar matrimonios civilmente eficaces, de un lado, y el plano de las que no merecen esa confianza y deben ser evaluadas cada vez que soliciten que uno de sus miembros sea declarado apto para solemnizar sus matrimonios con esos mismos efectos civiles⁹⁴.

(iii) or (iv) of this Act shall not solemnise a marriage except in accordance with a form of ceremony which includes and is in no way inconsistent with the declarations specified in section 9(3) of this Act».

⁹⁴ Cfr. E. E. SUTHERLAND, *Child and Family Law*, *op. cit.*, págs. 963.

Es evidente, por lo demás, que la diferencia aquí de tratamiento jurídico existe, pero acaso también lo sea que se trata de una diferencia en cierto modo accesoria y no concerniente a los requisitos esenciales que se demandan para la eficacia civil del matrimonio en una u otra forma religiosa (básicamente, la expresión mutua del consentimiento marital por parte de los contrayentes en presencia de unos testigos y un celebrante y la subsiguiente manifestación de este declarándoles unidos en matrimonio); y es también palpable que no se aprecia una diferencia de trato conducente a la imposibilidad efectiva de que algunas confesiones religiosas puedan acceder a ver reconocida eventualmente, cuando menos de manera casuística, esa capacidad en materia matrimonial aun estando en condiciones de satisfacer aquellos requisitos de validez de la forma religiosa que determinan la eficacia civil del matrimonio –cosa que no puede decirse sin embargo del sistema matrimonial español–. En el ordenamiento de Escocia no se detecta ninguna de estas dos circunstancias hipotéticas, pues los mencionados requisitos de validez son siempre los mismos para todas las confesiones –para todas las formas religiosas de matrimonio–, tanto las mencionadas directamente por la legislación como las restantes, y además cualquier confesión que lo desee puede aspirar a ver reconocida en este tema exactamente la misma competencia que la normativa atribuye directamente sólo a algunas de ellas, siendo aquí la única diferencia apreciable la que atañe al modo de verificar la efectiva concurrencia de aquellos elementales requisitos de validez conyugal, un modo apriorístico y generalizado en unos supuestos confesionales directamente mencionados por la normativa y otro eminentemente casuístico en los restantes.

Por otra parte, conforme a lo que establece la legislación vigente y al igual que se exige respecto del matrimonio civil, el matrimonio religioso, una vez celebrado válidamente, ha de ser inscrito en el correspondiente Registro de matrimonios del Registro civil.

A estos efectos, la ley determina que, inmediatamente después de haberse celebrado el enlace, el certificado matrimonial será firmado tanto por el celebrante y los testigos como por los ya cónyuges, disponiendo estos a continuación de un plazo de tres días para hacérselo llegar al encargado del Registro quién, a su vez, a la mayor brevedad posible tras su recepción procederá a la inscripción del matrimonio⁹⁵. Se contempla además expresamen-

⁹⁵ Así lo señala la sección 15: «(1) *Immediately after the solemnisation of the marriage the Marriage Schedule shall be signed by the parties contracting the marriage, by both witnesses present thereat and by the approved celebrant. (2) The parties to the marriage shall, within 3 days thereafter, deliver the Marriage Schedule, or send it by post or arrange that it is delivered, to the district registrar. (3) As soon as possible after receipt of the Marriage Schedule, the district registrar shall cause the particulars as set forth in that Schedule to be entered in the register of marriages kept by him [...]*». Para el caso de

te la posibilidad de que, habiéndose celebrado válidamente el matrimonio y habiendo sido también firmado subsiguientemente el certificado marital como es preceptivo, este se haya posteriormente perdido o destruido por alguna razón, en cuyo caso la norma faculta al encargado del Registro General para que inicie un procedimiento conducente a la subsanación de esa falta mediante la expedición de una copia del certificado original, que será también firmada por los intervinientes en la ceremonia y así ulteriormente registrada con los mismos efectos que en el procedimiento ordinario de inscripción⁹⁶.

4. EL MATRIMONIO RELIGIOSO Y EL MATRIMONIO DE CREENCIA EN EL MARRIAGE AND CIVIL PARTNERSHIP (SCOTLAND) BILL

A continuación, expondré someramente los principales cambios que se anuncian en el Derecho matrimonial escocés a causa de la inminente entrada en vigor del *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Bill* (en adelante MCPSB), ya aprobado por el Parlamento, pero sólo por lo que respecta a la modalidad religiosa de celebración del matrimonio civil —en la que los cambios introducidos son apenas perceptibles—, y, muy especialmente, por lo que concierne a la creación de una nueva modalidad de formalización del matrimonio regular, la tercera, a la que ese proyecto legal denomina matrimonio de creencia (*belief marriage*) y con la que se

incumplimiento del referido plazo de tres días, la sección 16 dispone lo que sigue: «(1) Where after the expiration of 21 days from the date of marriage as entered in the Marriage Schedule that Schedule has not been delivered to the district registrar, he may serve a notice in the prescribed form on either of the parties to the marriage requiring that party within 8 days from the date of service of the notice to deliver the said Schedule, or send it by post, to the district registrar. (2) If any party on whom a notice has been served in pursuance of subsection (1) above fails to comply with the notice, the district registrar may serve on that party a second notice in the prescribed form requiring that party to attend personally at the registration office of the district registrar, within 8 days from the date of service of the second notice, for the purpose of delivering the Marriage Schedule to the district registrar to enable him to register the marriage».

⁹⁶ También en la sección 15 puede leerse: «[...] the district registrar [...] shall not register a religious marriage unless and until he receives a duly signed Marriage Schedule in respect of that marriage. (4) Where the Registrar General is satisfied that a marriage has been properly solemnised and that the Marriage Schedule in respect of the marriage has been duly signed but has been lost or destroyed, he may direct the district registrar to complete an exact copy of the original Marriage Schedule and, so far as practicable, to arrange for its signature by those persons who signed the original Schedule; and as soon as possible thereafter, the district registrar shall cause the particulars as set forth in that copy to be entered in the register of marriages kept by him».

aspira a reconocer la eficacia civil de los ritos conyugales propios de los ahora también llamados grupos de creencia (*belief bodies*).

No obstante, quede aquí solo apuntado incidentalmente el dato de que la futura normativa introducirá además otro cambio, también alusivo a una ceremonia de naturaleza religiosa pero en este caso de carácter no estrictamente matrimonial sino relacionada con el estatuto en ese país de las llamadas uniones civiles (*civil partnerships*).

Actualmente, esas relaciones para-matrimoniales se encuentran jurídicamente vertebradas por lo establecido en la *Civil Partnership Act 2004*, en cuya virtud las uniones civiles sólo admiten ser formalizadas con arreglo a una ceremonia de carácter también civil⁹⁷, y esa es, de hecho, al decir de K. McK. Norrie, prácticamente la única diferencia entre la unión civil, de un lado, y el matrimonio que sí admite la forma religiosa, de otro, ya que por lo demás ambas instituciones tienen muy similares consecuencias jurídicas y sus reglas de constitución son virtualmente idénticas⁹⁸, pero la nueva regulación ahora proyectada permitirá asimismo en estos casos la realización de una ceremonia religiosa con los mismos efectos jurídicamente constitutivos de la unión civil o, en su caso y siguiendo el mismo esquema que resultará pronto de aplicación a la institución matrimonial, también una ceremonia llevada a cabo según los ritos de alguno de los reconocidos como grupos de creencia⁹⁹.

Paralelamente, esa misma posibilidad de formalización mediante una ceremonia religiosa se hace extensible, en la normativa proyectada, también al matrimonio entre personas del mismo sexo que constituye, sin la menor duda, de todas las novedades que traerá consigo esta reforma la que ha adquirido socialmente una mayor notoriedad.

En ambos supuestos, no obstante, el MCPS prevé expresamente la necesidad de que, tanto las confesiones religiosas como los grupos de creencia, acepten expresamente su participación en la forma-

⁹⁷ Según dispone la sección 93 de la *Civil Partnership Act 2004*, «(1) *Two people may be registered as civil partners of each other at a registration office or any other place which they and the local registration authority agree is to be the place of registration.* (2) *The place of registration may, if the approval of the Registrar General is obtained, be (a) in a registration district other than that of the authorised registrar carrying out the registration, or (b) in or on Scottish Waters.* (3) *But the place must not be in religious premises, that is to say premises which— (a) are used solely or mainly for religious purposes, or (b) have been so used and have not subsequently been used solely or mainly for other purposes [...]*».

⁹⁸ Cfr. K. McK. NORRIE, *Anotations to the Family Law (Scotland) Act 2006*, Dundee, 2006, pág. 1.

⁹⁹ Y así, la sección 22 del *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Bill*, instaura un estatuto propio aplicable a la celebración de las ahora llamadas uniones civiles religiosas o de creencia (*religious or belief civil partnerships*) que se añade, con los mismos efectos, al régimen de la celebración civil de estas uniones.

lización de esos matrimonios, de modo que la validez de estos quedará legalmente supeditada al hecho de que el celebrante haya sido explícitamente designado, por parte de cualquiera de esos grupos, para su reconocimiento específico como celebrante autorizado en este tipo relaciones¹⁰⁰. En sede doctrinal y a la vista de los debates que se suscitaron a raíz del proceso de tramitación parlamentaria de la norma que nos ocupa, se ha llamado la atención sobre el dato de que el Gobierno introdujo esa condición en su proyecto de ley fundamentalmente motivado por la preocupación por garantizar adecuadamente la protección del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de aquellos celebrantes que pudiesen considerar contraria a sus convicciones religiosas la formalización de los matrimonios homosexuales¹⁰¹, y en este sentido la reforma incorpora una serie de disposiciones que claramente estipulan que tanto las confesiones como las entidades de creencia no están en modo alguno obligadas a designar a cualquiera de sus miembros a los efectos de su participación en estas novedosas ceremonias y, para evitar dudas al respecto, reclaman en estos casos la solicitud por parte de esos grupos expresamente destinada a la intervención de sus miembros tanto en la formalización del matrimonio homosexual como en la de la unión civil¹⁰², lo que ya de por sí parece en principio suficiente garantía para tutelar la vertiente negativa de la libertad ideológica y religiosa de estas entidades y de quienes las integran.

Al margen de esta nueva posibilidad de utilización de la forma religiosa tanto en la preexistente unión civil como en el novedoso matrimonio homosexual, por lo que hace a la modalidad religiosa de celebración del matrimonio regular hay que decir que, en lo sustancial, la proyectada reforma legislativa no introduce apenas cambios significativos, más allá de algunas variaciones en la estructura de las normas o de ciertas modificaciones en su redacción encaminadas a adaptar su contenido al presupuesto basilar que, en este

¹⁰⁰ Así por ejemplo, para el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo, dispone la sección 10(2)(1B) del MCP SB: «[...] a marriage between persons of the same sex may be solemnised by and only by— (a) a person who is— (i) a minister, clergyman, pastor, priest or other celebrant of a religious or belief body prescribed by regulations made by the Scottish Ministers, or who, not being one of the foregoing, is recognised by a religious or belief body so prescribed as entitled to solemnise marriage between persons of the same sex on its behalf; (ii) registered under section 9 to solemnise marriage between persons of the same sex [...]».

¹⁰¹ Cfr. A. GRIFFITHS, J. FOTHERINGHAM y F. MCCARTHY, *Family Law*, Edinburgh, 2013, pág. 308; *vid.* también al respecto K. McK. NORRIE, «Religion and Same-Sex Unions: The Scottish Government's Consultation on Registration of Civil Partnerships and Same-Sex Marriage», en *Edinburgh Law Review*, 16 (2012), págs. 95-99.

¹⁰² También recurriendo al ejemplo de los matrimonios homosexuales, dispone la sección 10(2) del MCP SB: «For the avoidance of doubt, nothing in subsection [...] (b) imposes a duty on any such body to nominate under section 9 any of its members to be registered as empowered to solemnise marriages between persons of the same sex».

terreno, constituye el elemento central de la nueva regulación, esto es, la plena equiparación a los matrimonios religiosos de los que desde ahora se conocerán como los matrimonios de creencia.

Porque efectivamente, desde el punto de vista de la concepción jurídica de la institución matrimonial asumida por el Estado en su legislación, sin duda el cambio de mayor calado de todos los que conlleva la proyectada reforma es, junto con el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo, el que representa la introducción de la figura de los matrimonios de creencia.

Con esta nueva categoría o modalidad de celebración se pretende, en principio, permitir que aquellos grupos sociales también caracterizados por constituirse y desarrollar su actividad en torno a la defensa, promoción o difusión de una determinada ideología o de unas creencias pero en este caso de naturaleza no religiosa sino, por ejemplo, filosófica, puedan también ver reconocida la eficacia civil de sus privativos ritos matrimoniales de modo semejante a como pueden ya hacerlo en el ordenamiento escocés las confesiones religiosas.

Conviene recordar, de entrada, que este tema no es del todo novedoso en Escocia o, al menos, no lo es la pretensión manifestada en el sentido apuntado por algunos de esos grupos, los ahora formalmente etiquetados como grupos de creencia, y de un modo particularmente destacado por el grupo denominado *Humanist Society of Scotland* que, ya en el año 2005, logró que al amparo de la legislación matrimonial se reconociese excepcionalmente la eficacia civil de su peculiar forma de celebración del matrimonio. Sin embargo, la vía legal que en aquel momento se eligió para dar satisfacción a esa pretensión fue la de la autorización temporal de las personas designadas por este grupo para actuar como celebrantes en la válida constitución del matrimonio regular, al amparo de lo previsto en la sección 12 de la MSA, lo que no dejaba de ser una curiosa y desde luego un tanto forzada solución jurídica al problema planteado, habida cuenta de que este procedimiento es uno de los que esa ley reserva expresamente para el matrimonio religioso, es decir, para la autorización de aquellos individuos designados como celebrantes por las confesiones religiosas, de manera que lo que se hizo en este caso fue adoptar la ficción de que ese grupo social era, a estos efectos legales, una confesión religiosa y sus ritos maritales representaban por tanto también una suerte de forma religiosa de celebración del enlace.

La solución adoptada en aquel momento resultaba ostensiblemente artificiosa en su concepción y puesta en práctica, pero, por ello mismo, no hizo sino evidenciar aun más, si cabe, la naturaleza

del problema jurídico que ya entonces planteaba la diferencia de tratamiento otorgado en este ámbito a las convicciones religiosas respecto de las que no obedecen a esa naturaleza. En este sentido, tal y como se ha puesto de relieve en sede doctrinal, en el trasfondo de la proyectada configuración legal de la nueva categoría de los matrimonios de creencia está, sin duda, el hecho de que el Gobierno que impulsa la reforma es consciente de que el cauce hasta ahora utilizado para conferir efectos civiles al matrimonio de los humanistas era de algún modo extemporáneo y, por ello, se hacía ya necesaria una regulación que permitiese a este grupo, así como a otros de análogo carácter, acceder a la eficacia civil de sus ritos matrimoniales por un procedimiento más acorde a su naturaleza propia y distinta a la religiosa¹⁰³; como similarmente se ha señalado, a lo que aspira el proyecto legal en este aspecto es precisamente a *regularizar* la situación de los celebrantes humanistas, precisamente para que no tengan que seguir siendo oficialmente considerados bajo la categoría de los celebrantes religiosos, circunstancia ciertamente anómala¹⁰⁴.

Como se ha hecho notar, una de las razones que tuvo en cuenta la Administración para reconsiderar su posición sobre este asunto y admitir, eventualmente, la validez de los ritos humanistas de celebración del matrimonio –aunque fuese mediante un procedimiento tan ostensiblemente inadecuado– fue, precisamente, la de que, en materia de derechos humanos, se estaba ya abriendo camino decididamente la afirmación tanto legislativa como jurisprudencial de la igualdad entre las creencias religiosas y las no religiosas, lo que era ya entonces particularmente evidente en la protección dispensada por el artículo 9 del Convenio Europeo a la libertad de religión o creencia (*freedom of religion or belief*)¹⁰⁵. Con la reforma proyectada se trataría ahora, en suma, de garantizar la igualdad de tratamiento jurídico a estos efectos entre las convicciones religiosas y las no religiosas o, más exactamente, entre aquellos grupos que socialmente las representan y a los que podríamos referirnos

¹⁰³ Cfr. A. GRIFFITHS, J. FOTHERINGHAM y F. MCCARTHY, *Family Law*, *op. cit.*, pág. 307.

¹⁰⁴ Cfr. B. DEMPSEY, «Much Sound and Fury about Marriage Reform», en *Scottish Law Gazette*, vol. 81, n.º 2 (2013), pág. 35.

¹⁰⁵ Cfr. J. MAIR, «Public Ceremony and Private Belief: The Role of Religion in the Scots Law of Marriage», *The Juridical Review*, 1 (2007), pág. 282; también respecto a la normativa aplicable a las *charities* se pudo apreciar una preocupación semejante por el impacto que habría de tener la legislación europea en el Reino Unido, especialmente a raíz de la promulgación de la *Human Rights Act 1998*, lo que condujo a algunos autores a sugerir la necesidad de superar tanto las discriminaciones en esa materia entre las diversas confesiones religiosas como, igualmente, las existentes entre las convicciones religiosas y las propias de otros sistemas de creencias (*Vid.* C. R. BARKER, «Religion and Charity Law», en *The Juridical Review*, 1 (1999), págs. 308-10).

en sentido amplio utilizando expresiones como la de los grupos ideológicos, las entidades de tendencia, o, en terminología de inspiración germana, los grupos que se identifican con una determinada cosmovisión, y precisamente por esa razón, el procedimiento que articula el MCPSB a este propósito respecto de la categoría legal de los grupos de creencia sigue casi literalmente el mismo esquema que el que ya contempla la vigente legislación para las confesiones religiosas.

Y digo casi literalmente porque, aunque en todo lo demás el mecanismo legal de reconocimiento de los efectos civiles es el mismo tanto en el supuesto de las confesiones religiosas como en el de los grupos de creencia, no hay, respecto de estos últimos, una referencia legal siquiera mínimamente parangonable a la mención explícita tanto de la Iglesia de Escocia como de algunas otras confesiones a las que, directamente y de manera individualizada, se atribuye la facultad de designar a los correspondientes celebrantes autorizados en la MSA, pues esa mención explícita obedece respectivamente a la tradicional confesionalidad religiosa estatal en este país y a otras razones de orden histórico y, obvia decirlo, esas razones no se dan, o al menos no se dan de igual manera, respecto de la relación entre el Estado y los grupos de creencia; en pura hipótesis, podría tal vez haberse verificado una tal mención específica respecto de la *Humanist Society of Scotland*, dado que el matrimonio de los humanistas tiene ya en este país un nada desdeñable arraigo social hasta el punto de ser actualmente la tercera forma de celebración más popular, tras la forma civil y la anglicana –lo que explica el que en su momento se buscara para este grupo la artificiosa fórmula de reconocimiento ya apuntada–, pero esa no ha sido finalmente la opción adoptada por el MCPSB que, por lo demás, en lo concerniente a la existencia de regímenes diferenciados en función de la confesión religiosa de que se trate, deja las cosas como están.

En este sentido y con el propósito de exponer resumidamente las características fundamentales de la nueva normativa en este terreno, se ha dicho que la norma proyectada mantiene vigente un sistema en el que la Iglesia de Escocia resulta privilegiada respecto de otras religiones judeo-cristianas y estas, a su vez, se ven favorecidas respecto de las restantes confesiones religiosas, aunque al menos se regulariza la posición de los matrimonios celebrados por un miembro de la Sociedad Humanista conforme a sus ritos propios, lo que les evita a estos la incómoda circunstancia de tener que seguir siendo considerados como intervinientes en una forma reli-

giosa de celebración conyugal¹⁰⁶; una somera descripción que en efecto se ajusta fielmente a la realidad.

De este modo, la sección 10 del MCPSB, en relación con la determinación de las personas que podrán formalizar válidamente el matrimonio, básicamente se limita a ordenar la modificación del régimen previsto en la sección 8 de la MSA para añadir, allí donde proceda, la mención también a los grupos de creencia cada vez que se nombra a las confesiones religiosas¹⁰⁷, declarando ahora expresamente la nueva normativa, merced al contenido de esas modificaciones y conforme a la premisa basilar de la proyectada reforma en este punto, que podrán ser también reconocidos como celebrantes autorizados los individuos designados por aquellos grupos de creencia a los que reglamentariamente se les haya conferido esa competencia, en los mismos términos requeridos para las confesiones —entiéndase para aquellas que no están expresamente mencionadas por la Ley—.

Debe señalarse, a este respecto, que el MCPSB añade aquí una disposición atinente a la manera en la que ha de verificarse esa prescripción reglamentaria de los grupos concretos a los que se atribuirá esa facultad, en el sentido de que sólo podrá producirse esa atribución a solicitud del grupo religioso o de creencia de que se trate y siempre que la Administración considere que aquel satisface adecuadamente los requerimientos legales que lo cualifican para este propósito¹⁰⁸.

Sobre esos requerimientos que permitirán a la confesión o al grupo de creencia acceder a la eficacia civil de sus ritos matrimoniales, el Proyecto de ley en principio se remite a lo que, a su vez, ulteriormente disponga reglamentariamente el Gobierno aunque, eso sí, estableciendo ya un criterio legal en cuya virtud genéricamente se admite, de manera un tanto enigmática por el momento, que dicho desarrollo reglamentario podrá instaurar unas condiciones distintas de reconocimiento para supuestos o circunstancias que sean también diferentes entre sí¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Cfr. B. DEMPSEY, «Marriage & Civil Partnership (Scotland) Bill (as introduced)», en *SCOLAG Legal Journal*, 434 (2013), pág. 262.

¹⁰⁷ Así por ejemplo, según la proyectada reforma en el texto de la sección 8 de la MSA se introducirán, entre otras, las siguientes modificaciones: «[...] (ii) in paragraph (a) (ii)— (A) for «or priest of a religious body» substitute «priest or other celebrant of a religious or belief body», (B) for «religious body» in the second place it appears substitute «religious or belief body» [...].»

¹⁰⁸ La sección 10 del MCPSB propone a estos efectos la adición del siguiente enunciado al texto de la sección 8 de la MSA: «*The Scottish Ministers may prescribe a religious or belief body under subsection (1)(a)(ii) only if— (a) the body requests them to do so; and (b) the Scottish Ministers are satisfied that the body meets the qualifying requirements.*»

¹⁰⁹ Así vuelve a estipularlo la sección 10 del MCPSB, al proponer en este caso la siguiente adición al texto de la sección 8 MSA: «*1(E) In subsections (1A)(b) and (1C)(b), the «qualifying requirements» are such requirements as may be set out in regulations made*

En todo caso, la normativa proyectada contempla, o mejor aún sigue contemplando, de manera explícita algunos de esos requisitos que conciernen a aspectos eminentemente formales, como es el caso de las características que, a modo de exigencias mínimas y siempre en atención al papel central del consentimiento marital y a la salvaguarda del principio de seguridad jurídica, debe revestir la ceremonia de celebración del matrimonio empleada por estos grupos, un tipo de requisitos cuyo cumplimiento, por lo demás y dada su naturaleza formal, es de relativamente sencilla comprobación administrativa.

Pero además el MCPSB, como resultado de la introducción en el sistema de la categoría de los grupos de creencia y de su demandada equiparación en este terreno a las confesiones religiosas, propone también un cambio en la redacción de la sección 26 de la MSA en la que, como vimos, se establecen algunos parámetros hermenéuticos atinentes a ciertos conceptos legales y, entre ellos, al concepto de confesión religiosa, y en la que ahora también se hará la pertinente referencia aclaratoria de la noción legal del grupo de creencia: según lo que plantea la reforma, a los efectos de su participación en el sistema matrimonial, por grupo de creencia habrá de entenderse un grupo organizado de personas cuyo principal objetivo (o uno de cuyos principales objetivos) sea mantener o promover sus creencias filosóficas, y que se reúna regularmente para llevar a cabo ese propósito¹¹⁰.

Está por ver el modo en el que habrá de verificarse la praxis administrativa y, en su caso, la doctrina jurisprudencial desarrolladas en aplicación de estas nuevas previsiones una vez entradas en vigor, pero, por lo pronto, parece evidente que con la nueva ordenación de esta materia, si bien se elimina en gran medida el tratamiento actualmente desigual entre las confesiones religiosas y los grupos ideológicos o filosóficos pero de naturaleza no religiosa, subsiste aún el problema hermenéutico que en sí misma supone la determinación legal del ámbito de lo religioso o del concepto de confesión religiosa, pero ahora extensible también como tal problema jurídico directamente al terreno de las convicciones filosóficas (hasta ahora la definición de estas últimas se verificaba indirectamente o por exclusión, cada vez que se declaraba en un caso que estas o aquellas

by the Scottish Ministers. 1(F) Regulations under subsection (1E)— (a) may make different provision for different cases or circumstances; (b) may include transitional and saving provision».

¹¹⁰ Señala en esta ocasión la sección 10(4) del MCPSB: «*In section 26(2) (interpretation)—(a) for the definition of «religious body» substitute— «religious or belief body» means an organised group of people (a) which meets regularly for religious worship; or (b) the principal object (or one of the principal objects) of which is to uphold or promote philosophical beliefs and which meets regularly for that purpose;».*

no eran convicciones religiosas para excluirlas del correspondiente régimen especial), lo que significa que las dificultades interpretativas a las que teóricamente había de enfrentarse el aplicador de la norma en la búsqueda de los criterios legales y jurisprudenciales con los que dar efectividad a la noción de confesión religiosa en el sistema matrimonial escocés son, esencialmente, las mismas dificultades que habrán de ser confrontadas a la hora de aplicar las disposiciones que paralelamente determinan el alcance en el mismo sistema del novedoso concepto del grupo de creencia.

Eso si, con una diferencia fundamental entre ambos supuestos, cuya importancia práctica no debe ser subestimada y que previsiblemente se hará sentir de un modo más acusado al menos en los primeros momentos de la vigencia del nuevo modelo: en el caso del concepto legal de confesión religiosa, se cuenta ya con una serie de referentes normativos y, al hilo de la aplicación de estos, con un conjunto de precedentes judiciales que, con todas las objeciones que puedan plantearse, contribuyen en mayor o menor medida a desentrañar el significado de esa noción en su proyección específica sobre el sistema matrimonial; pero en el supuesto de la hasta ahora inédita categoría legal de los grupos de creencia, por el contrario, no se da esta circunstancia por razones obvias, de manera que se restringe mucho más la esfera de los parámetros interpretativos a los que cabe recurrir en el ordenamiento escocés sobre esta otra noción, limitada de hecho a lo que de manera incipiente disponen las previsiones del MSCBP y carente en consecuencia, por el momento, de precedentes judiciales relativos a la aplicación efectiva de dichas previsiones.

Ante esta situación, en el primer caso habrá que seguir acudiendo a las pautas aplicativas ya expuestas y que, en última instancia, han ido perfilándose paulatinamente por la vía jurisprudencial. En el segundo, ante la falta de tales criterios, los argumentos que, en su día, empleó la Administración para autorizar temporalmente como celebrantes autorizados a las personas designadas por el grupo de los Humanistas, siendo como fue esta la única ocasión en la que de algún modo se contempló oficialmente la participación en el sistema matrimonial de uno de estos grupos de creencia, difícilmente podrán servir como referente inicial para gestionar el nuevo modelo en este aspecto, pues lo cierto es que el recurso hermenéutico a aquellos argumentos se ve indudablemente dificultado, si es que no impedido, por el carácter tan artificioso de la solución entonces adoptada respecto a ese grupo en particular y que implicó, como se expuso, su consideración formal bajo la categoría de las confesiones religiosas con el consiguiente uso extemporáneo

de un mecanismo de reconocimiento específicamente reservado por la ley para estas últimas, con la consecuencia de que no hallaremos en esa praxis administrativa la explicitación de los requisitos que legalmente reviste la noción del grupo de creencia.

Si atendemos a lo acontecido hasta el momento presente en el ordenamiento escocés, y puede decirse que en general en el Reino Unido, a propósito de la aplicación de los conceptos legales de confesión religiosa o de culto religioso, tanto en el ámbito del sistema matrimonial como en otros contextos en los que dichas nociones han tenido también algún reflejo normativo —es el caso destacadamente de la legislación sobre las entidades sin ánimo de lucro—, cabe tal vez esperar que el concepto de creencias filosóficas y, consecuentemente, también la novedosa categoría del grupo de creencia que las encarna, sean ambos interpretados en un sentido muy amplio, y es también razonable suponer que, en la interpretación de los preceptos que confieren una específica función a esas nociones la tendencia será a poner el acento, no tanto en la legitimidad o el carácter verdaderamente filosófico o no de las creencias en cuestión como, más bien, en el hecho de que dichas creencias filosóficas sean genuinamente profesadas por el grupo de que se trate.

Sólo con el transcurso del tiempo veremos si se confirma o no esta intuición, pero en cualquier caso hay algo que ya puede ser constatado a la luz de la proyectada reforma legal y que invita a hacer una última y breve reflexión de fondo acerca de toda esta cuestión.

Desde una cierta perspectiva, la introducción en el sistema escocés de la categoría del matrimonio de creencia, concebido como un auténtico *tertium genus* en el contexto de las formas admitidas para la válida celebración del matrimonio regular, hace que aparentemente pierda ya toda relevancia práctica a estos efectos —aunque seguramente retenga aún alguna importancia teórica— la existencia misma de la categoría legal de confesión religiosa, pues un grupo social que reclame para sí esta condición, ante una eventual negativa de las autoridades a reconocérsela podrá, en hipótesis, aspirar en su defecto a ver declarada oficialmente su condición de grupo de creencia y, de esta otra manera, acceder a la eficacia civil de sus propios ritos matrimoniales. Si se tiene en cuenta que, en general, la noción de confesión religiosa se ha interpretado de modo muy amplio respecto a la naturaleza y el espectro de los fines que entrarían en la categoría de los fines religiosos, y que, en consecuencia, las denegaciones administrativas de aquel reconocimiento han pivotado más bien, con los matices que haya que admitir, sobre la firmeza o el carácter genuino de la profesión

colectiva de las creencias religiosas, entonces presumiblemente puede esperarse que esa misma alegada falta de sinceridad en relación con el compromiso del grupo con esas convicciones será el principal argumento que eventualmente pueda cerrarle a este también las puertas de acceso a la categoría del grupo de creencia, pues nada hace presagiar que tanto la Administración como los tribunales vayan a apartarse de esa misma exigencia de sinceridad o de genuina profesión de las convicciones, en este caso filosóficas, en su gestión del nuevo modelo del matrimonio de creencia, pero, de no ser apreciada esa falta de sinceridad, aparentemente el grupo que se considera a sí mismo de carácter religioso no tendría que tener especiales problemas para ver reconocido en su defecto su carácter ideológico bajo la categoría del grupo de creencia.

Esta última observación no deja de ser, con todo, puramente especulativa y además presupone que una tal estrategia alternativa por parte de los grupos que se auto-definan como religiosos va a tener lugar, cuando lo cierto es que, siendo esta posibilidad tan artificiosa y forzada, pero ahora en sentido inverso, como lo fue en su día la atribución a los humanistas de la condición legal de confesión religiosa, cabe razonablemente entender que para un grupo social que se considera a sí mismo una confesión religiosa pueda resultar moralmente odiosa la renuncia formal a su auto-percibida naturaleza, pese a obtener con ello instrumentalmente el beneficio mencionado del acceso a la eficacia civil de sus ritos maritales; cualquiera de esos grupos, ante esa tesitura, podría sentir que de algún modo está siendo objeto de una suerte de ofensa o de humillación por parte de los poderes públicos, y ese sentimiento a mí particularmente se me antoja cuando menos tan comprensible como al parecer también lo es para las autoridades escocesas pues, como se ha visto, uno de los objetivos que perseguía la reforma era, precisamente, el de superar la incómoda situación que obligaba a los humanistas a ser contemplados bajo una categoría que desde su punto de vista les era realmente ajena.

La reflexión final a la que todo esto conduce y que parece surgir naturalmente, casi como una consecuencia lógica del trasfondo que subyace a la voluntad del legislador de equiparar en este terreno los grupos religiosos a los restantes grupos ideológicos, es la siguiente: ante la contrastada primacía del consentimiento y en atención al carácter tan marcadamente accesorio de la forma de celebración del matrimonio, refrendado este último una vez más por la normativa proyectada y del que en sí mismo es un reflejo la validez de la nueva modalidad del matrimonio de creencia, cabe preguntarse si no hubiese sido ya el momento de eliminar directamente la distin-

ción normativa entre las confesiones religiosas y los grupos de creencia en este terreno y de establecer un régimen verdaderamente común que, bajo las mínimas condiciones derivadas de la naturaleza de la institución matrimonial en el ordenamiento estatal (exigencia de la declaración del consentimiento ante testigos y preservación de la seguridad jurídica también mediante la inscripción registral), implicase un mismo procedimiento de acceso a la eficacia civil tanto de las formas religiosas como de las propias de otro tipo de convicciones o de los grupos que las representan.

Si bien se mira, en el fondo ese es, en alguna medida, el resultado práctico de la regulación delineada en el MSCBP, pues equiparar el régimen de los grupos de creencia al de las confesiones a estos efectos matrimoniales significa precisamente eso, someterlos a un estatuto jurídico común en este aspecto, y esa comunidad se expresa básicamente en la igualdad de los requisitos impuestos para el acceso a la eficacia civil de los ritos matrimoniales, tanto como en la igualdad de los efectos y las consecuencias jurídicas que supone dicho acceso, y, si ese es el caso, no termina de entenderse la razón por la que se mantiene la distinción formal entre una y otra modalidad de matrimonio; en principio esta distinción ya sólo nominalmente parece tener alguna trascendencia ante la constatación de que ambas modalidades conyugales están sujetas a un régimen jurídico prácticamente idéntico, pero su mantenimiento pese a ello en la reforma proyectada seguirá imponiendo a la Administración la carga de determinar qué es y qué no es religioso, qué es y qué no es filosófico, una carga hoy tanto más absurda cuanto que las consecuencias de optar por una u otra decisión en ese sentido se anuncian ya del todo jurídicamente irrelevantes en el seno del sistema matrimonial.

Ahora bien, lo que desde una perspectiva estrictamente lógica resulta difícil de entender en el contexto sistemático que se anuncia, sin embargo, si se tienen en cuenta otros factores subyacentes a la nueva articulación jurídica del sistema matrimonial que pretende llevar a cabo la reforma proyectada, adquiere entonces un significado cabal y más fácilmente explicable.

Hay que partir del hecho de que esa plena equiparación en cuanto a los requisitos y a los efectos jurídicos entre la forma religiosa de celebración y la del matrimonio de creencia, que indudablemente se habrá producido ya en la práctica con la entrada en vigor de la nueva regulación, afecta a todas las formas religiosas de celebración que pueden aspirar a ser oficialmente reconocidas como válidas al amparo del mecanismo de autorización consagrado en la sección 9 de la MSA, pero no así a las formas propias de

aquellas confesiones a las que la ley confiere directamente esta competencia en materia matrimonial y, entre ellas como es natural, destacadamente al matrimonio celebrado según los ritos de la Iglesia de Escocia.

Esta circunstancia, obviamente, se interpone en el camino hacia la hipotética instauración de un régimen verdaderamente común, aplicable sin excepciones a todas las formas religiosas o filosóficas de celebración del matrimonio, pues dicha instauración requeriría, en rigor, de la supresión de esas especialidades legales y del consiguiente sometimiento de esas formas religiosas a los mismos requisitos de validez que se exigen a las demás. Dicho de otro modo, un régimen común de la celebración del matrimonio derivado de la plena equiparación entre el estatuto de las formas religiosas y el de las filosóficas de celebración del connubio presupone a su vez, en su formulación teórica, una igualdad de tratamiento jurídico entre las distintas formas religiosas que realmente no existe en el ordenamiento escocés, básicamente por razones históricas y por el influjo de la tradicional confesionalidad estatal.

Una idea similar a esta de la supresión del diferente tratamiento jurídico otorgado a las confesiones religiosas por el hecho de ser tales fue ya expuesta y discutida, hace más de una década, por los miembros de una Comisión nombrada por el Gobierno escocés para estudiar el régimen por entonces vigente en este país de las entidades sin ánimo de lucro y proponer las reformas que se estimasen necesarias, y si ya es muy revelador el hecho mismo de que en los debates dentro de la Comisión se considerase seriamente la posibilidad de suprimir el estatuto especial de las *religious charities* y someter todas las entidades sin ánimo de lucro a un régimen común, más aun lo es la razón por la que finalmente se descartó esa hipótesis, y ambos aspectos resultan en lo sustancial perfectamente extrapolables a la esfera del sistema matrimonial y en esta última son sumamente ilustrativos de las razones que, posiblemente, hayan inducido al legislador escocés a mantener una dualidad en el tratamiento de las formas religiosas y filosóficas de celebración que aparentemente, sin embargo, carece ya de sentido. Todo ello lo sabemos, por así decirlo, de primera mano, pues el encargado de divulgarlo en sede científica fue quien ostentase el cargo de presidente de aquella importante Comisión, permitiéndonos conocer de este modo la intrahistoria de lo que allí aconteció, y desde luego lo hizo tan abiertamente y con tal grado de sinceridad que realmente deja aquí poco margen a la duda¹¹¹.

¹¹¹ Cfr: J. McFADDEN, «The Modernisation of Charity Law in Scotland: The Report of the Scottish Charity Law Commission», en *Scottish Law & Practice Quarterly*, 6 (2001).

Y así, tras reconocer que este fue uno de los asuntos más espinosos que hubo de afrontar la Comisión en sus trabajos, nos relata J. McFadden que muchos de los miembros de la Comisión, desde el convencimiento de que todas las entidades sin ánimo de lucro debían ser tratadas en Escocia de igual modo, eran partidarios inicialmente de suprimir la categoría de las *religious charities*, en la medida en la que esta última implicaba que estas entidades quedaban exentas de cumplir determinados requisitos aplicables sin embargo a las demás entidades sin ánimo de lucro, especialmente en materia de fiscalización de algunas de sus actividades internas por parte de los poderes públicos. Pues bien, en ese momento, entre las confesiones a las que les había sido reconocida esa condición (*designated religious bodies*) se encontraba precisamente la Iglesia de Escocia, cuya especial posición constitucional le garantizaba además expresamente, al amparo de la *Church of Scotland Act 1921*, la inmunidad frente a tales injerencias externas en su régimen de organización y funcionamiento, de manera que la supresión de la categoría de las entidades religiosas sin ánimo de lucro y de las antes mencionadas exenciones hubiese entrado directamente en contradicción con el estatuto especial de la Iglesia de Escocia y, a juicio de los miembros de la Comisión, habría obligado al Parlamento a entrar en lo que McFadden gráficamente denomina una batalla constitucional con la Iglesia de Escocia. Ante esa posibilidad, nos dice abiertamente, la Comisión optó por eludir tramposamente el asunto («*we fudged the issue!*»): sus miembros se acogieron al expediente que ya entonces recogía la ley y que reclamaba al menos, como condición de acceso al estatus de *religious charity*, que el grupo en cuestión tuviese una organización interna que le permitiese llevar a cabo por sí misma aquellas funciones de fiscalización pero en este caso sin intervención de los poderes públicos, y considerando por razones de mera oportunidad que ello podía servir al menos como un sucedáneo de la intervención estatal exigible a todas las demás entidades sin ánimo de lucro, consciente y deliberadamente eludieron en su Informe el verdadero problema de fondo aquí planteado en relación con el principio de igualdad y dejaron al Parlamento la decisión acerca de si modificar o no la referida especial posición legal de la Iglesia de Escocia y, por tanto, acerca de si debía o no entrarse en esa batalla constitucional¹¹².

Indudablemente, pocas veces se habrá visto un ejercicio de sinceridad como este que, en cuanto tal, merece todo el reconocimien-

¹¹² Cfr. *Ibidem*, pág. 229.

to¹¹³, y en todo caso, por lo que hace al sistema matrimonial, parece razonable suponer que hayan sido motivaciones semejantes las que han aconsejado el mantenimiento en la reforma proyectada de la distinción entre formas religiosas y filosóficas de celebración; existiendo ya unos regímenes especiales aplicables a ciertas confesiones religiosas, de haberse obrado de otro modo en la proyectada regulación podría haberse suscitado una semejante batalla constitucional –al menos por lo que concierne a la Iglesia de Escocia– que, con toda probabilidad y si atendemos a los antecedentes que acaban de ser referidos, los poderes públicos hayan preferido también evitar aquí¹¹⁴.

Ha postulado enfáticamente Elaine E. Sutherland, una de las mas reputadas especialistas en Derecho de familia escocés, que en esta materia ha llegado ya el momento de tratar con verdadera igualdad a todas las religiones, superando la dicotomía legal entre aquellas confesiones a las que directamente se les atribuye esta competencia y aquellas otras que necesitan de un reconocimiento *ad casum* por la vía de la autorización contemplada en la sección 9 de la MSA, y ha señalado a este respecto que ello se lograría si se instaurase como única forma válida de celebración la estrictamente civil, acompañada de la opción de añadir libremente a continuación cualquier elemento religioso que los contrayentes tuviesen por conveniente¹¹⁵; esta sería, ciertamente, una posibilidad que además, como precisa este autor, en principio y sin olvidar las dudas que pudieran aquí suscitarse a propósito del derecho de

¹¹³ A mi modo de ver, esta explicación tan directa y sincera de lo que allí sucedió y del trasfondo que da razón de las opciones regulatorias propuestas finalmente por la Comisión y que, por tanto, en buena medida, contribuye también a esclarecer el sentido de la legislación que subsiguientemente las hizo suyas, no resiste la comparación con algunas de las teorías que, entre nosotros, propugnan la supuestamente adecuada inserción de ciertas normas concordatarias o unilaterales en materia de libertad religiosa en el sistema constitucional español y que, en vez de reconocer lo que para mí es evidente y aludir a razones puramente coyunturales o de prudencia política para explicar la pervivencia de determinados estatutos especiales, como hace aquí loablemente el autor citado, tratan de convencernos de que esos estatutos están constitucionalmente justificados desde una perspectiva sistemática y no representan quiebra alguna, por ejemplo, del principio de igualdad; el frecuente recurso a la conocida noción del paradigma extensivo en el ámbito de la doctrina eclesialista española es, a mi juicio, una de las manifestaciones más eminentes de este fenómeno, pero desde luego no la única (un más detenido análisis de todo ello puede verse en algunos de los estudios que se recopilan en J. R. POLO, *Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho español*, Barcelona, 2014).

¹¹⁴ Paralelamente, por lo que respecta al ordenamiento inglés, ha puesto de relieve S. Juss que los privilegios de que goza el matrimonio anglicano en este sistema matrimonial sólo pueden entenderse justificados apelando a razones históricas –que no obstante este autor considera nada desdeñables–, pues, desde el punto de vista de la vigencia del valor de la igualdad y del principio de no discriminación por razón de religión imperantes en el contexto de las democracias liberales contemporáneas, aquellos resultan sencillamente indefendibles (Cfr. S. JUSS, «Church of England Marriages: Historical Particularity or Anomaly?», en *King's Law Journal*, 20 (2009), pág. 167).

¹¹⁵ Cfr. E. E. SUTHERLAND, *Child and Family Law*, *op. cit.*, pág. 963.

libertad religiosa de los individuos, no plantearía actualmente dificultades insalvables en el ordenamiento escocés¹¹⁶.

Este ya es, por otra parte, un debate que pertenece al plano de las propuestas de *lege ferenda* y que escapa al análisis puramente dogmático que corresponde hacer en sede científica, y en todo caso también cabe pensar en otras fórmulas normativas que igualmente servirían para satisfacer aquél propósito de hacer efectivo en este terreno el valor de la igualdad, por no mencionar que, seguramente, la plena vigencia de este último también en la relación entre convicciones religiosas y no religiosas haría necesario asimismo contemplar la posibilidad de añadir cualquier tipo de elementos ideológicos o filosóficos a aquella ceremonia civil y no sólo de elementos religiosos, algo que estaría además en sintonía con la equiparación del matrimonio de creencia al matrimonio religioso que se hace en la nueva regulación, con las salvedades ya apuntadas.

En definitiva y más allá del concreto mecanismo legal que pueda utilizarse a este respecto, es difícil no coincidir plenamente con la afirmación de que ha de tratarse por igual en esta materia a todas las confesiones religiosas, evitando situaciones de privilegio que ya sólo parecen justificarse por razones puramente históricas, aunque, si se me permite, yo quizás añadiría que, si a lo que se aspira es a garantizar la vigencia efectiva del valor de la igualdad en este sector del ordenamiento escocés, seguramente haya llegado también el momento de evitar en este terreno, más ampliamente, las discriminaciones entre los grupos ideológicos, cualquiera que sea su naturaleza, y, por qué no, también las que afectan a las personas que desearían ver similarmente reconocida la eficacia civil de los ritos matrimoniales propios del grupo étnico al que pertenecen.

Desde una perspectiva, ahora ya, estrictamente comparatista, particularmente jugosas se me antojan las conclusiones que sin duda podrían extraerse del sentido de la nueva regulación escocesa sobre esta materia, en su relación con las notables rigideces que tradicionalmente han caracterizado a nuestro sistema matrimonial

¹¹⁶ En su día, señala este autor, esta posibilidad podría haber resultado jurídicamente problemática desde la perspectiva de la patología del consentimiento, en el supuesto de aquellos individuos para quienes la ceremonia civil no constituía realmente un verdadero matrimonio, pero esto es algo que habría quedado solventado en la legislación vigente merced a la desaparición del efecto invalidante de este tipo de reservas mentales (*tacit reservation*), a lo que este autor añade que, aunque quizás sea menos clara la compatibilidad de esa hipótesis con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aparentemente ello no ha supuesto un obstáculo para la viabilidad del sistema francés en el que sólo la ceremonia civil constituye válidamente el matrimonio (Cfr: E. E. SUTHERLAND, *Child and Family Law*, op. cit., pág. 963).

en este tema –hoy en vías de una cierta flexibilización a raíz de los cambios que se anuncian respecto a la ampliación de las personas competentes para asistir a la celebración del enlace «en sus vertientes civil y religiosa»–; la similar articulación, en muchos aspectos, del sistema matrimonial en ambos ordenamientos invita a explorar doctrinalmente este territorio y a ahondar en esa comparación que se intuye potencialmente muy fructífera, pero esta tarea ya excede con creces el más limitado objeto de estudio en estas páginas, y ha de quedar ahora aquí sólo sugerida.

Los grupos de contratos en la adquisición de viviendas y los préstamos solicitados para su financiación en el Derecho francés¹

MIGUEL ÁNGEL TENAS ALÓS

Beca FPI-MEC

Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Este trabajo analiza la vinculación contractual entre los préstamos con garantía hipotecaria y la compraventa de vivienda regulada en el Derecho francés. En nuestro país no existe ninguna figura similar, mientras que, por su parte, Francia es el país que más ha desarrollado esta teoría. El estudio de las soluciones y problemas devienen fundamentales para entender el funcionamiento de la figura de la vinculación contractual.

En varios países existen los llamados contratos vinculados, pero sólo respecto a bienes muebles y servicios. El Derecho francés sí que ha legislado esta materia en los inmuebles. Este trabajo se centra en la perspectiva francesa, y sobre todo en los dos artículos más destacables de su Code de la Consommation en materia de vinculación contractual; el 312-12 y el 312-16.

El objetivo es entender el funcionamiento de esta figura en Francia y comprender sus particularidades, ventajas y problemas.

PALABRAS CLAVE

Compraventa de vivienda, Consumidores, Contrato vinculado, Crédito al consumo, Derecho francés, Hipoteca, Préstamo con garantía hipotecaria, Vinculación contractual.

¹ Este trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de investigación «Formación del contrato: desde la negociación a la perfección del contrato» (DER 2011-23056), del Ministerio de Ciencia e Innovación, y del Grupo de investigación consolidado «Autonomía de la voluntad en el Derecho privado» (AUDEPRIV S110), del Gobierno de Aragón y de la Unión Europea-Fondo Social Europeo, dirigidos por la Dra. M.^a Ángeles Parra Lucán, Catedrática de Derecho Civil.

ABSTRACT

This paper analyzes the contractual relationship between the sale of a house and the mortgage loan in the French law. In our country there is no similar figure. On the other hand, France is the country with the most important theory in this topic. The study of the solutions and problems become critical to understand the working of the figure of the contractual relationship.

Several countries called linked contracts, but only with respect to property and services. The French Law has legislated this matter. This work centres on the French perspective, and especially in the most prominent articles of his Code de la Consommation; 312-12 and 312-16.

The purpose is to verify the operation of this figure in France and to understand the peculiarities, advantages and problems.

KEYWORDS

Sale of homes, Consumers, Linked contract, Consumer credit, French law, Mortgage, Mortgage loan, Contractual relationship.

SUMARIO: Introducción.–I. La evolución de la vinculación contractual hasta la fecha. 1. La aparición de la teoría de la vinculación contractual en Francia. 2. La situación actual de las teorías de vinculación contractual. 3. Normativa francesa respecto de la vivienda y los préstamos con garantía hipotecaria.–II. La situación de la vinculación contractual en Francia. 1. Normativa francesa respecto de la vinculación contractual en la actualidad. 2. Las medidas de protección en la normativa francesa. 3. Las dificultades en la realización del contrato. 4. La promesa unilateral de venta condicionada.–III. Los contratos bajo condición resolutoria y bajo condición suspensiva. 1. El artículo 312-12 del Code de la Consommation. La condición resolutoria en el supuesto de no adquisición de la vivienda. 2. El artículo 312-16 del Code de la Consommation. La condición suspensiva en el supuesto de no obtención del préstamo. *a)* La necesidad de la obtención del préstamo. *b)* La posible existencia de mala fe. *c)* ¿Cuándo se entiende que se ha podido obtener un crédito? *d)* La importancia del período de vigencia de la condición.–IV. Conclusiones.–V. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La teoría de la vinculación contractual entre los contratos dirigidos a adquirir la propiedad y los contratos de financiación cuenta, por lo general, con escaso desarrollo en la actualidad. Además, lo

habitual es que se circunscriba únicamente a los bienes muebles y los servicios, sin regular de modo alguno los bienes inmuebles.

El caso francés constituye una excepción a estas afirmaciones, dado que, desde finales de los años setenta del siglo xx, dispone de normativa específica que regula los supuestos de vinculación contractual. El legislador francés se ha encargado de regular la vinculación que se refiere a contratos que tienen por objeto bienes muebles, pero también los inmuebles. Todo ello convierte al país galo en el que más ha desarrollado la teoría que pretendemos estudiar: la vinculación contractual entre los préstamos con garantía hipotecaria y la compraventa de viviendas.

España está muy por detrás de Francia en cuanto a la atención prestada a esta figura, y resulta por esto mismo muy importante analizar en profundidad el sistema desarrollado por el Derecho francés y los problemas y críticas a que se ha enfrentado, con el objetivo de conocer sus puntos fuertes y débiles, de cara a una posible incorporación de una figura similar a nuestro ordenamiento.

Entre los problemas existentes para defender la posibilidad de la vinculación, uno deviene básico, como es el principio de la relatividad de los contratos, que el Derecho francés ha intentado superar mediante diversas cláusulas contractuales.

Para proceder al estudio de la situación en Francia hay que saber, con anterioridad, cuáles son los precedentes que llevaron al legislador a adoptar las medidas existentes en la actualidad. Es por ello que la primera parte de este trabajo está dedicada a la evolución de la teoría de la vinculación contractual en Francia y en los países europeos que más han trabajado sobre ella, así como al estudio de la situación normativa francesa en materia de préstamos con garantía hipotecaria y vivienda.

Se incidirá posteriormente en las notas más distintivas de la normativa francesa respecto a la vinculación contractual, que podemos encontrar hoy día recogidas en el Code de la Consommation, con el Code Civil como norma supletoria.

Para profundizar lo máximo posible en la figura de la vinculación contractual, la parte final del trabajo se centrará en el análisis de los artículos 312-12 del Code de la Consommation y 312-16 del mismo cuerpo legal, así como de las normas relacionadas. Estos artículos son los que más específicamente regulan la vinculación contractual entre los contratos que estamos estudiando, y constituyen la piedra angular que puede permitir con posterioridad desarrollar en nuestro país una teoría respecto a la vinculación contractual entre los préstamos con garantía hipotecaria y la compraventa de vivienda.

I. LA EVOLUCIÓN DE LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL HASTA LA FECHA

1. LA APARICIÓN DE LA TEORÍA DE LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL EN FRANCIA

La idea de la vinculación contractual en Francia, el país que en la actualidad más ha desarrollado esta figura, surge a partir del trabajo de Teyssie², en 1975. Obra que, todavía hoy día, no ha sido superada.

Hasta esa fecha, no existe mención alguna en la normativa francesa respecto a vinculación contractual, algo que el autor vino a llamar «*grupos de contratos*». Como el propio Teyssie señalaba, «*la redacción de un documento único no implica la unidad del contrato; nada se opone a que sean varios*».

No existía ninguna concepción semejante a la defendida por el autor en Francia. Como señalaba la doctrina, antes de la publicación del estudio de Teyssie, «*la disección de los actos jurídicos está prohibida a los juristas*»³.

La importancia de la teoría que desarrolló Bernard Teyssie radica precisamente en que, lejos de diseccionar los diferentes actos jurídicos, establecía una relación real entre varios contratos que permitía inferir su relación. En buena lógica, argumentaba que la realización de uno de los dos contratos no tenía sentido sin la perfección del otro⁴.

Si bien el desarrollo de normativa a este respecto tuvo lugar a partir de 1978 en el país francés, la jurisprudencia ya se había pronunciado con anterioridad respecto de la interrelación de dos contratos. Fue la sentencia de 27 de noviembre de 1957, del Tribunal de Aix⁵, la que habló en primer lugar de este concepto. El supuesto tratado consistía en el caso de una persona que tenía un local arrendado, y decidió poner fin al mismo con la aceptación del dueño del local. Ese mismo día, ambas partes suscribieron un segundo contrato por el cual el propietario del primer local acordaba con su anterior arrendador la venta de otro local distinto, situado en un

² TEYSSIE, B. (1975). *Les groupes de contrats*. Montpellier, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichos & R. Durand-Auzias.

³ DECOTTIGNIES, R., «Obligations du vendeur», en «La vente commerciale de marchandises», Hamel, J. (dir.), *Études de Droit Commercial* (1953), p. 176.

⁴ Los contratos de crédito son la figura donde más claramente podemos observar este supuesto, dado que la solicitud de un crédito tiene como finalidad, habitualmente, proceder al pago de algún producto. Si bien dicho producto puede ser la compra de un inmueble, la de un vehículo, el pago de una deuda anterior o cualquier otro.

⁵ Aix, 27 novembre 1956, *JCP* 1957, II, 10046, note J. C. Laurent.

bloque de edificios. El Tribunal de Aix tuvo que resolver la controversia generada respecto a si estaban frente a dos contratos diferentes o ante un mismo contrato redactado en dos partes. La sentencia optó por la segunda opción, declarando que *«existe necesariamente una interdependencia absoluta, no sólo intelectualmente, entre los dos documentos, pues el primero está para corolar necesariamente el segundo (...). Estos dos contratos, si bien basados en dos instrumentos diferentes, forman un solo y mismo convenio»*. El Tribunal entendió que el segundo contrato se llevó a cabo porque antes tuvo lugar el primero, puesto que si el arrendador hubiera continuado en el local que ocupaba inicialmente, no habría tenido ninguna necesidad de adquirir otro local.

Hasta 1978, para dirimir si las partes se encontraban en Francia frente a un supuesto de vinculación contractual, la cuestión debía ser resuelta por vía judicial. A partir de ese año –para los bienes muebles–, apareció normativa específica en la materia, concretamente la Ley n.º 78-23, de 10 de enero de 1978⁶. Esta norma buscaba la protección de los consumidores en ciertas operaciones de crédito, excluyendo específicamente, entre otras, los créditos inmobiliarios⁷.

La aplicación de la vinculación contractual para los bienes inmuebles tuvo lugar con la aprobación, en 1979, de la Ley n.º 79-596, de 13 de julio de 1979⁸, relativa a las operaciones de crédito inmobiliario. La Ley n.º 79-596 fue modificada en varias ocasiones⁹, hasta ser finalmente integrada, al igual que la Ley n.º 78-23, en el actual Code de la Consommation.

De esta forma, antes de la aprobación de ambas leyes, muchos consumidores se vieron obstaculizados por la existencia de dos

⁶ Journal Officiel de la République Française, 11 de julio de 1978, página 301 y ss.. Loi n.º 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

⁷ En una situación similar, salvando las distancias, nos encontramos hoy día respecto a la legislación española, dado que la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, que es la que en términos más específicos se refiere a los contratos vinculados, excluye de su campo de aplicación las operaciones inmobiliarias.

⁸ Journal Officiel de la République Française, 14 de julio de 1979, página 1836 y ss. Loi n.º 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier.

El enfoque legislativo de esta norma se basa en el establecido en la Ley n.º 78-23.

⁹ Dichas modificaciones tuvieron lugar con la Ley n.º 84-46, de 24 de enero de 1984, la Ley n.º 89-1010, de 31 de diciembre de 1989, la Ley n.º 92-644, de 13 de julio de 1992, y la Ley n.º 93-949, de 26 de julio de 1993. En la materia que nos ocupa, la modificación más importante tuvo lugar con la ley n.º 89-1010, que permitía al consumidor, en cualquier momento, reembolsar el crédito al consumo de forma anticipada y sin sanción alguna. No obstante, dicha modificación también encontró posteriormente una nueva redacción al ser incluida en el Code de la Consommation, lo que sucedió el 26 de julio de 1993 mediante la Ley n.º 93-949, que refundía las leyes originarias –Ley n.º 78-23 y Ley n.º 79-596– en el Code de la Consommation.

contratos separados, problema que después ya no existió. Con la medida que adoptó el legislador como vínculo de los dos contratos, el contrato de crédito entraba en vigor sólo después de la entrega de los bienes o la prestación de servicios. Así, la perfección del contrato quedaba sujeta a la obtención del crédito solicitado. Esta relación implicaba, por su parte, que cada una de las partes contratantes debía informar de la operación completa, y cada uno de los contratos debía referirse al otro¹⁰.

Dicho de otra manera. El sistema adoptado por la legislación francesa consiste en impedir que cualquiera de los dos contratos, bien el de venta, bien el de crédito, pueda nacer y desarrollarse de modo independiente al otro. Para conseguir evitar este desarrollo independiente, se vincula la venta a crédito a una doble condición, de manera que el contrato de crédito no producirá efectos hasta que el contrato de venta no haya sido concluido adecuadamente para el consumidor. Igualmente, el contrato de venta no se perfeccionará hasta la obtención del crédito.

2. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS TEORÍAS DE VINCULACIÓN CONTRACTUAL

Si bien en la actualidad la teoría más avanzada respecto a la vinculación contractual es la francesa, los primeros pasos en esta materia tuvieron lugar en Italia, que la abordó en los años treinta del siglo xx, siendo los precursores Nicolò y Giorgiani¹¹. La mayoría de los juristas italianos están de acuerdo en que se produce vinculación contractual cuando «*las partes, con el fin de alcanzar un determinado resultado económico, concluyen dos o más contratos distintos que presentan entre sí un nexo jurídico*»¹². Hoy día, si bien todavía existen varias cuestiones objeto de controversia, puede decirse que en el país transalpino existe una teoría consolidada respecto a la vinculación contractual¹³.

¹⁰ PICOD, Y. (2010). *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz-Sirey, p. 325.

¹¹ GIORGIANI, M. (1937). *Negozi giuridici collegati*. *Riv. it. scienz. giur.*, 275-352. También, NICOLÒ, R., (1937). *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*. *Foro it.*, núm. I, 1476-1483 [especialmente p. 1481]. Posteriormente, SATTA, F. (1950). *Corrispettività fra prestazioni, collegamento fra negozi, e proroga legal delle locazioni*, *Giur. it.*, I, núm. 2, p. 356 –respecto de la sentencia del *Tribunale de Padova* de 6 de abril de 1949–, decía que la conexión existente entre dos negocios, o entre las relaciones que de ellos derivan, no puede permanecer sin relevancia en el campo del derecho, sino que debe, en mayor o menor medida, coligar la suerte de aquellos, es un principio que se puede decir ya acogido generalizadamente.

¹² Entre nosotros, lo resume LÓPEZ FRÍAS, A. (1994). *Los contratos conexos*, Barcelona, Bosch, p. 29.

¹³ Superando el principio de la relatividad del contrato –uno de los que mayores problemas ofrece a la hora de defender la vinculación contractual–, se admite en la

Uno de los mayores problemas a los que se enfrenta la vinculación contractual es el principio de relatividad, que afecta al desarrollo de esta teoría en Francia, Italia y España. El *Code* francés lo regula en su artículo 1165¹⁴, mientras que el *Codice* italiano lo hace en el 1372¹⁵, y el Código Civil español en el 1257¹⁶.

Siguiendo a Teyssie¹⁷, podemos establecer qué entiende la doctrina francesa como un contrato vinculado, y cuándo se produce el supuesto en cuestión. Así, encontramos varios datos capaces de explicar este fenómeno, como serían la especialización de las actividades –lo que viene a demostrar el enorme desarrollo alcanzado por las entidades financieras como concedentes de crédito, y el hecho de que los comerciantes se dediquen en la actualidad únicamente a vender el producto, y no también a financiarlo–, la circulación cada vez más rápida de las riquezas o la complejidad de los procesos de producción de hoy día.

jurisprudencia italiana que las partes, en el ejercicio de su autonomía contractual, pueden dar vida, con un solo acto, a contratos diversos y distintos que, aun conservado la individualidad de cada tipo negocial y permaneciendo sometidos a su propia disciplina, están sin embargo coligados entre sí, funcionalmente y con dependencia recíproca, de modo que las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros, condicionando su validez y ejecución.

La construcción teórica del principio de la relatividad llevaba a cabo por la doctrina italiana asocia el concepto de parte en el contrato con el criterio del interés, es decir, con la titularidad de los intereses contemplados en el contrato. Scognamiglio define parte contractual como «cada uno de los centros de intereses antagónicos, en sentido amplio, entre los cuales se realiza el acuerdo contractual».

Respecto al caso español, no hay ninguna norma que trate específicamente el tema de la vinculación contractual, pero sí podemos encontrar artículos de leyes que se refieren a ella de un modo u otro. Puede destacarse la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (BOE n.º 151, de 25 de junio de 2011, pp. 68179 y ss. Trata la vinculación contractual en sus artículos 26 y 29, si bien su campo de aplicación excluye los préstamos con garantía hipotecaria). Como señala SOLER PASCUAL, L. A., «Los contratos vinculados», en Menadas, S. (dir.), *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil*, p. 284, ya toca elaborar una completa teoría de la vinculación contractual en nuestro país.

¹⁴ Artículo 1165 *Code civil*: «*Los acuerdos sólo tienen lugar entre las partes contratantes; no perjudican al tercero, y no le benefician más que en el caso previsto por el artículo 1121*». Conviene señalar que el nombrado artículo 1121 francés regula la estipulación en favor de tercero. El artículo 1165, en su redacción original, dice lo siguiente: («*Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121*»).

¹⁵ Artículo 1372 *Codice civile*: «*El contrato tiene fuerza de ley entre las partes (...) no produce efecto respecto a terceros más que en los casos previstos por la ley*». («*Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*»).

¹⁶ Artículo 1257 del Código civil: «*Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de ley*».

¹⁷ TEYSSIE, B. (1975). *Les groupes de contrats*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence. R. Pichon & R. Durand-Auzias, pp. 8-10.

En la norma francesa existe una interdependencia triple entre el préstamo y la adquisición de la vivienda, como señala Dagot¹⁸ al explicar la situación que se produce. Para Dagot, el préstamo caduca si no se realiza la adquisición, la adquisición caduca si el préstamo necesario para la compra no se obtiene y, finalmente, si hay varios préstamos, éstos pueden ser interdependientes entre sí, siempre y cuando cada uno de ellos supere el 10% del montante total del crédito¹⁹.

Por su parte, para BIHL²⁰, las ventas a crédito son en realidad una transacción triangular, puesto que el comprador-prestatario se debe en parte al vendedor en virtud del contrato de venta, y en segundo lugar, también al prestamista por el contrato de crédito. En principio, continúa Bihl, esos dos contratos son totalmente independientes, puesto que el prestamista no tiene relación alguna con el vendedor²¹. Sin embargo, la normativa francesa enlaza las otras dos bases del triángulo –refiriéndose al prestamista y al vendedor–. Así, se establece una relación entre el préstamo y el contrato de venta, de modo que estos dos contratos ya no son independientes entre sí. De este modo, las obligaciones del prestatario surtirán efecto sólo después de la entrega de las mercancías, o de la vivienda, en el caso que estamos estudiando. Si no se entrega, el consumidor no tendrá obligación alguna con la entidad financiera. De la misma manera, si se produce la terminación o cancelación del contrato de compraventa, el resultado será que arrastrará al contrato de préstamo.

3. NORMATIVA FRANCESA RESPECTO DE LA VIVIENDA Y LOS PRÉSTAMOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Hoy día, múltiples situaciones de la vida cotidiana implican que los consumidores adquieran bienes muebles o inmuebles. En la mayoría de los casos, sobre todo en el segundo de los supuestos,

¹⁸ DAGOT, M. (1980). Vente d'immeuble et protection de l'acquéreur-emprunteur (Loi du 13 juillet 1979). *La semaine juridique*, 1980, SJ/G. –I. –9, artículo 2973.

¹⁹ Afirmación ésta última que, si bien en el momento en que Dagot redactó su trabajo parecía válida en función de la redacción de la normativa, en la actualidad no tiene un alcance tan general. La jurisprudencia se encargó con posterioridad de diferenciar la aplicación del baremo del 10% del montante total dependiendo del supuesto concreto.

Cass. Civ. 1re, R., 6 enero 1993; matrimonio Vidal contra Sté, en nombre del colectivo Maison Phénix, recurso c. Rouen 26 septiembre 1989. (Ver nota 113).

²⁰ BIHL, L. (1986). *Le droit de la vente*, Paris, Dalloz, p. 185.

²¹ Siempre y cuando, debemos añadir, no existan elementos externos que permitan sostener la posibilidad de la colaboración entre las partes, como sería el hecho de que un vendedor remitiese a los compradores que necesitaran financiación, por norma, siempre al mismo financiador. O que, incluso, dicho financiador apareciera directamente en el contrato de compraventa del producto adquirido.

dichas adquisiciones se financian con un préstamo bancario, que requerirá una garantía hipotecaria. Resulta habitual que una persona que desea adquirir algún producto se asegure antes la obtención de un préstamo para poder pagarlo si no dispone de los ahorros suficientes. Del mismo modo, la firma del contrato de compraventa de un inmueble acostumbra a retrasarse hasta que el comprador haya obtenido un préstamo para financiar la compra.

El inmueble en propiedad es el modo de acceso favorito a la vivienda del consumidor francés²², siendo elegido por un 58%. En este mercado, los precios de los inmuebles no han bajado todavía desde el inicio de la crisis económica, lo que ha supuesto que se encuentren fuera de mercado y que resulte todavía más difícil que antes que un comprador pueda adquirir una vivienda sin buscar financiación²³.

Tal es la importancia de la vivienda, que existen varias referencias a ella en normativas de carácter nacional e internacional. En Francia, no obstante, no hay reconocimiento expreso al derecho a disponer de una vivienda en su Constitución²⁴, pero de un tiempo a esta parte se está legislando con la finalidad de garantizar el acceso a la vivienda. Así, el 13 de julio de 2006 se aprobó la Ley de Compromiso Nacional para la Vivienda²⁵, cuya redacción final –112 artículos– quedó muy alejada del planteamiento inicial –se preveían unos 11 artículos y que fuera una ley orientadora, pero terminó siendo mucho más extensa y regulando varias materias–.

Por su parte, la Ley n.º 2007-290, de 5 de marzo de 2007²⁶, buscaba fomentar la cohesión social y, entre otras medidas, instituía el derecho a la vivienda oponible y garantizaba a quien residie-

²² Fuente: INSEE, enero 2012.

²³ Datos de Reuters EcoWin, Danske Bank, publicados el 4 de octubre de 2012, bajo el título *French Housing Market*. Enlace: [http://danskeresearch.danskebank.com/link/Frenchhousingmarket041012/\\$file/French_housing_market_041012.pdf](http://danskeresearch.danskebank.com/link/Frenchhousingmarket041012/$file/French_housing_market_041012.pdf), consultado el 22/10/2013.

²⁴ Como sí ocurre en otros países, como por ejemplo España, estando recogido en el artículo 47 de la Constitución Española. El artículo 47 de la Constitución Española proclama el derecho a la vivienda digna y adecuada como un principio rector de la política social y económica del país. Además, no podemos olvidar que este derecho a la vivienda deviene básico para que la persona pueda desarrollar otros derechos reconocidos en nuestra Carta Magna, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad y el derecho a la intimidad –recogidos en los artículos 10, 17 y 18 de la Constitución Española, respectivamente–. El problema básico que encontramos en la materia es que se trata de un derecho social y que, por tanto, únicamente puede ser alegado ante los tribunales en función de lo dispuesto en las leyes que lo desarrollen. Su inclusión en la Constitución no implica el reconocimiento de un derecho universal a que un sujeto pueda ser propietario de una vivienda y es, además, un derecho configurado desde perspectivas jurídicas muy distintas, incluyendo la civil, la hipotecaria o la financiera, entre otras.

²⁵ Journal Officiel de la République Française, n.º 163, de 16 de julio de 2006, p. 10662 y ss.

²⁶ Journal Officiel de la République Française, n.º 55, de 6 de marzo de 2007, p. 4190 y ss.

ra de forma regular y estable en territorio francés el derecho a una vivienda decente e independiente. Esta ley sufrió algunas modificaciones en el año 2009.

Recientemente, y casi como una medida contrapuesta a esta legislación, el Gobierno francés lanzó un globo sonda a la opinión pública respecto a una medida que están sopesando en la actualidad, y que consistiría en aplicar un nuevo impuesto a las familias que hubieran adquirido una vivienda propia, justo después de haber finalizado el pago del crédito solicitado para su adquisición. Si bien dicha propuesta ni siquiera está todavía en trámites parlamentarios, parece ir en la dirección contraria a las normas reseñadas anteriormente.

Respecto al ámbito internacional, encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, que recoge el derecho a la vivienda en su artículo 25, o el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1976, en su artículo 11. También la Unión Europea se ha ocupado del derecho a la vivienda, en el artículo 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)²⁷ del año 2000.

Debemos referirnos ahora al segundo de los contratos que resulta necesario, en la mayoría de los casos, para poder adquirir una vivienda: el préstamo con garantía hipotecaria. La principal medida que se acuerda entre prestamista y prestatario en estos contratos consiste en vincular el cumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo con la sujeción del bien hipotecado –la vivienda– para responder del mismo –tanto del principal, como de los intereses y demás gastos que puedan surgir–.

A nivel europeo, permanece vigente la Directiva 2008/48/CE²⁸ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE²⁹ del Consejo. No obstante, en la materia que nos atañe, resulta fundamental la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes muebles inmuebles de uso residencial³⁰, especialmente si el legisla-

²⁷ En este artículo, la Unión Europea no habla de derecho a una vivienda digna y adecuada –como sí hace, por ejemplo, la Constitución Española en su artículo 47–, sino de «una ayuda a la vivienda para garantizar una existencia digna a toda persona que no disponga de recursos suficientes», un alcance que dependerá de «las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

²⁸ Diario Oficial de la Unión Europea, de 22 de mayo de 2011, L 133/66.

²⁹ Diario Oficial de la Unión Europea, de 12 de febrero de 1987, L42, p. 48 y ss.

³⁰ El 10 de septiembre de 2013, el Parlamento Europeo aprobó la Directiva comunitaria, si bien no concluyó la tramitación de la misma. Los Estados Miembros encontraban inaceptable la estricta supervisión que se les quería imponer a la hora de controlar la transposición de la Directiva a sus normativas nacionales. El acuerdo alcanzado el 10 de sep-

dor europeo hubiera incorporado las carencias respecto a la Propuesta reseñadas en el Dictamen del Banco Central Europeo³¹.

Ahora bien, conviene detenerse en el análisis de qué repercusión puede tener la Directiva 2014/17/UE sobre el Derecho francés³². El legislador francés está tratando, en la actualidad, una materia que todavía no tiene parangón en Europa, puesto que la regulación de una vinculación contractual específica para los bienes inmuebles es algo, por el momento, exclusivo del Derecho francés.

La Directiva 2014/17/UE se refiere en su ámbito de aplicación únicamente a los bienes inmuebles de uso residencial, sin hablar en su articulado en ningún momento de aquellas viviendas cuyo uso sea mixto, es decir, cuyo uso sea tanto de vivienda como de carácter profesional. No obstante, no debe ser un problema, puesto que en la Explicación detallada de la propuesta, presentada junto a la Propuesta de Directiva, se explica que *«la Directiva no impide que algunos Estados miembros, si así lo desean, puedan ampliar su ámbito de aplicación a otros beneficiarios, como, por ejemplo, las pequeñas y medianas empresas, o también a algunas operaciones relativas a bienes inmuebles de finalidad comercial»*.

Repasado el articulado de la Directiva 2014/17/UE, no supon-
drá, cuando sea transpuesta, ninguna modificación importante que afecte al Derecho francés³³. Es más, la normativa francesa continuará mucho más avanzada respecto de la protección a los consu-

tiembre supuso que todos los Estados Miembros ratificaran, artículo por artículo, la redacción de la Directiva, pero no llegaron a realizar la ratificación del texto completo. En la fecha de redacción de estas líneas –diciembre de 2013–, todavía no se ha producido la ratificación del texto completo. La Directiva se aprobó el 4 de febrero de 2014, siendo publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 28 de febrero de 2014, L60/34 y ss.

³¹ La Propuesta de Directiva data de 2011 [Comisión Europea, Bruselas, 31 de marzo de 2011. COM(2011) 142 final. 2011/0062(COD)], y las previsiones apuntan a que en breves fechas conoceremos su nueva redacción. Por su parte, al respecto de esta Propuesta, el Banco Central Europeo emitió un Dictamen el 5 de julio de 2011 (publicado el 18 de agosto de 2011 en el Diario Oficial de la Unión Europea), en el que, entre otras cuestiones, realizaba una observación técnica muy interesante a este respecto, en su fundamento jurídico número 4: *«A diferencia de la Directiva 2008/48/CE o de la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, la directiva propuesta no aborda la armonización del derecho de desistimiento de los consumidores a nivel de la Unión. A la vista de la relevancia de los compromisos financieros que adquieren los consumidores que suscriben contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, y para contribuir a la estabilidad financiera y a la obtención y concesión de préstamos responsables, el BCE recomienda que se examine en el proceso legislativo en curso la necesidad de incluir en la directiva propuesta disposiciones que regulen el derecho de desistimiento»*.

³² La actual Directiva 2008/48/CE excluye específicamente de su ámbito de aplicación a los préstamos con garantía hipotecaria, de modo que no afecta en nada a la materia objeto de este trabajo.

³³ Apenas algunas cuestiones, como la famosa y polémica necesidad de advertir al consumidor respecto de las consecuencias que se derivarían de un posible incumplimiento de sus obligaciones cuando el crédito esté garantizado por una hipoteca o por otra garantía comparable sobre bienes inmuebles de uso residencial.

midores en los préstamos con garantía inmobiliaria que la Directiva, ya que la Directiva no contempla medidas como el período mínimo de vigencia de la oferta o la existencia de un período de reflexión para el consumidor, entre otras.

II. LA SITUACIÓN DE LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL EN FRANCIA

1. NORMATIVA FRANCESA RESPECTO DE LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL EN LA ACTUALIDAD

Es el Code de la Consommation el que agrupa en la actualidad las leyes que regularon por primera vez la vinculación contractual en Francia. Hoy día, están recogidas a partir del artículo 311-1, correspondiente al Título I (Crédito), Libro III (Endeudamiento³⁴). Por su parte, es el Capítulo II (Crédito inmobiliario) de este Título I el que recoge los artículos que más interesan para la elaboración de este trabajo. O lo que es lo mismo, el artículo 312-1 y siguientes.

El Capítulo II se divide en varias Secciones. La primera afecta al campo de aplicación. Lo más destacable de lo recogido en este apartado es el hecho de la exclusión de esta normativa para los préstamos destinados al desarrollo de alguna actividad profesional. Además, conviene detenerse en el artículo 312-2, considerando 1.^o³⁵.

La doctrina francesa discutió sobre el hecho de que el artículo 312-2 no indique qué porcentaje de uso profesional y de vivienda es necesario³⁶ para que se pueda aplicar el 312-2 o no. En la

³⁴ Inicialmente, se tomó como partida para el desarrollo del Libro III la Directiva 87/102/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. Pero se trataba de una Directiva de mínimos que, en cualquier caso, ofrecía menos protección que la propia del Derecho francés, de modo que no implicó cambios significativos. Posteriormente, la Directiva Europea n.º 2208-48, relativa a los contratos de crédito al consumo –y que derogó a la Directiva 87/102/CEE–, implicó un mayor número de cambios.

Si bien todas estas Directivas influyeron en el desarrollo del mencionado Libro III del Code de la Consommation, en todos los casos se referían a bienes muebles o servicios. No existe todavía una normativa específica en este aspecto para los bienes inmuebles a nivel europeo, algo de lo que ya dispone la legislación francesa.

³⁵ Artículo 312-2-1º: «*Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a los préstamos que, cuya calificación o técnica, sean concedidos de manera habitual para toda persona física o jurídica con objeto de financiar las siguientes operaciones: 1º Para los inmuebles destinados a vivienda o a uso profesional y de vivienda (...)*». («*Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux prêts qui, quelle que soit leur qualification ou leur technique, sont consentis de manière habituelle par toute personne physique ou morale en vue de financer les opérations suivantes: 1º Pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation (...)*»).

³⁶ Se trata de un asunto que fue resuelto por el Tribunal Supremo, que especificó que el porcentaje de uso no era el baremo fundamental a la hora de decidir si se consideraba la

actualidad, la doctrina es unánime respecto al hecho de que basta un pequeño porcentaje de destino del inmueble al uso de vivienda para la aplicación del artículo 312-2³⁷. Además, el artículo 242-1 del Code de la construction et de l'habitation³⁸ establece que al menos el 10% de la superficie de un edificio debe ser destinado al uso de vivienda para que pueda ser reputado como de uso residencial.

Esta opinión parece totalmente compatible con el artículo 312-3-2.³⁹, que nos dice que se excluirán del campo de aplicación del presente capítulo los préstamos destinados, en la forma que sea, a financiar específicamente una actividad profesional. El hecho de referirse a una actividad profesional, sin mayores indicaciones, parece buscar como finalidad que el inmueble tenga un único uso, como sería dicha actividad, y que no se utilice en ningún momento como residencia.

compra como de vivienda o para uso profesional. El Alto Tribunal dictaminó que lo realmente importante para dilucidar la cuestión era que el uso residencial no resultase incidental respecto del uso profesional.

Esto ocurrió con la Sentencia Cass. Civ. III, 25 avril 1984. En este caso se discutía sobre la naturaleza de unos edificios residenciales que eran accesorios a la adquisición de un prestigioso viñedo. Lo que se adquiría era el nombre de la bodega y el terreno de viñas, que era el objeto principal del negocio jurídico, y lo que establecía la cuantía económica del mismo. El hecho de que también se produjera la adquisición de los edificios colindantes se producía por el simple hecho de estar dentro de los límites del terreno adquirido, pero en ningún caso eran el objeto último de la operación. El Tribunal Supremo entendió que se trataba de una utilización profesional, dado que estaba acreditado que la intención era la adquisición del viñedo y el nombre de la bodega, mientras que el hecho de adquirir también los inmuebles era algo inherente a la operación.

³⁷ En este sentido, ROCHE-DALAN, J., «Le domaine d'application des lois Scrivener», en *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n.º 1, enero-marzo 1996, año 49, pp. 3-30, especialmente página 21. El autor destacaba también la dificultad existente en la práctica para poder valorar de forma objetiva, en el caso de quienes, por ejemplo, tengan un despacho profesional en su vivienda, el porcentaje de uso que dedicaban a su actividad profesional y al uso de vivienda. Para Roche-Dalan, éste era el argumento fundamental para justificar la aplicación del artículo 312-2 siempre que algún porcentaje de la casa se destinase a vivienda.

³⁸ Artículo 242-1 del Code de la construction et l'habitation: «*Para la aplicación de los artículos L. 212-10, L. 213-1 y L.222-1, un inmueble colectivo se considera como un inmueble de uso de vivienda o de uso profesional y de vivienda cuando al menos el 10% de su superficie estén afectos a estos usos (...)*». («*Pour l'application des articles L. 212-10, L. 213-1 et L. 222-1, un immeuble collectif est considéré comme un immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation lorsque 10% au moins de sa superficie est affectée à de tels usages*»).

³⁹ Artículo 312-3-2º: «*Están excluidos del campo de aplicación del presente capítulo: (...) 2º: los (préstamos) destinados, bajo cualquier forma, a financiar una actividad profesional, especialmente de las personas físicas o jurídicas que, habitualmente, o de modo accesorio a otra actividad, o en virtud de su objeto social, proporcionen, bajo la forma que sea, inmuebles o fracciones de inmuebles, construidos o no, finalizados o no, colectivos o individuales, en propiedad o en alquiler (...)*». («*Sont exclus du champ d'application du présent chapitre: (...) 2º: Ceux destinés, sous quelque forme que ce soit, à financer une activité professionnelle, notamment celle des personnes physiques ou morales qui, à titre habituel, même accessoire à une autre activité, ou en vertu de leur objet social, procurent, sous quelque forme que ce soit, des immeubles ou fractions d'immeubles, bâtis ou non, achevés ou non, collectifs ou individuels, en propriété ou en jouissance (...)*»).

La segunda sección del Capítulo II hace referencia a la publicidad de los créditos inmobiliarios⁴⁰. Especifica la información básica que debe figurar en la misma y, lo más importante, establece que todo documento publicitario remitido al prestatario respecto de una de las operaciones vinculadas del artículo 312-2 debe mencionar que dispone de un período de reflexión mínimo de diez días, que la venta está subordinada a la obtención de un préstamo y que, de no obtenerse éste último, el vendedor debe reembolsar los pagos realizados⁴¹.

Posteriormente, la sección tercera del Capítulo que estamos tratando lleva por título «El contrato de crédito», y es la de mayor extensión, abarcando desde el artículo 312-7 hasta el 312-14-2. Como artículos que deben ser considerados, encontramos el artículo 312-8-2.º ter⁴², que establece la necesidad de que las ofertas de préstamo incluyan información respecto al término y las condiciones de cambio de las tasas de interés.

Otro artículo de gran importancia es el 312-10⁴³, que indica la obligación de que el prestamista mantenga la oferta de préstamo realizada durante un período mínimo de treinta días, que deben comenzar a contarse desde la recepción de la oferta por el prestatario.

La obligatoriedad de la vigencia de la oferta durante al menos treinta días lleva a una cuestión que no está planteada en la normativa. Una entidad financiera puede enviar una oferta a un consumidor y, posteriormente, recibir éste una segunda oferta de otro banco que mejore las condiciones del primero. Si tomamos al pie de la letra la

⁴⁰ Artículos 312-4 a 312-6 del Code de la Consommation.

⁴¹ En una búsqueda realizada por internet en las páginas de algunas de las entidades de crédito más importantes del país, se ha podido observar que la gran mayoría de las mismas cumplen a la perfección la legislación. Si bien es cierto que una página de internet no consta como publicidad, sino que es un medio de obtención de información. En este aspecto, la página más incompleta de las consultadas fue la del banco BNP Paribas, que no ofrecía de forma clara toda la información especificada en la ley (https://www.secure.bnpparibas.net/banque/portail/particulier/Fiche?type=folder&identifiant=Compatible_modulable_taux_fixe_2003016165622#délaid'acceptationdel'offre). Fecha de consulta: 23/10/2013.

⁴² Artículo 312-8-2.º ter: «*Para las ofertas de préstamos donde la tasa de interés es variable, se acompañará de una reseña presentando las condiciones y modalidades de variación de la tasa de interés y de un documento de información que contenga una simulación del impacto de una variación de esta tasa sobre las mensualidades, la duración del préstamo y el coste total del crédito. (...) El documento de información mencionará el carácter indicativo de la simulación (...)*». («*Pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est variable, est accompagnée d'une notice présentant les conditions et modalités de variation du taux d'intérêt et d'un document d'information contenant une simulation de l'impact d'une variation de ce taux sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit*»).

⁴³ Artículo 312-10: «*El envío de la oferta obliga al prestamista a mantener las condiciones indicadas durante una duración mínima de treinta días a contar desde su recepción por el prestatario. (...)*». («*L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur (...)*»).

normativa, el consumidor no podrá acudir con esta nueva oferta a la entidad de crédito original para plantear lo que le ofrecen y solicitar al banco una mejora de su oferta para ver si se decanta por ellos.

Así, vemos cómo, por un lado, esta norma está ofreciendo una seguridad y tranquilidad muy importante al consumidor, pues le permite tener tiempo suficiente para valorar las alternativas que las distintas entidades de crédito le ofertan. Pero, por otro lado, se está negando la posibilidad al consumidor de poder negociar durante un período de treinta días las ofertas recibidas por las distintas entidades financieras, lo que podría permitirle conseguir mejores condiciones si dispone de los conocimientos necesarios.

Analizando la letra del artículo, no obstante, parece posible que la entidad financiera presente una nueva oferta al consumidor, siempre y cuando éste no suponga la caducidad de la oferta inicial, y ambas deberán estar vigentes treinta días, contando el plazo de cada una de ellas desde el día de su presentación⁴⁴.

Además, este mismo artículo 312-10⁴⁵ señala que el prestamista no puede aceptar la oferta antes de pasados diez días desde la recepción de la misma. Esto encaja dentro de las medidas de protección adoptadas por el legislador, desarrolladas más adelante en este mismo trabajo. La aceptación de la oferta deberá realizarse, tras la modificación de 1989, únicamente por vía postal⁴⁶. Se adoptó esta solución para asegurar el cumplimiento de las fechas marcadas en la normativa, de forma que el contrato previamente firmado, antes de la remisión de la aceptación, deviene anulable⁴⁷. El Tribunal Supremo francés interpreta de forma muy restrictiva esta disposición, sancionando toda acción que pueda tener como finalidad sortearla. Por ejemplo, se entiende que en el caso en que los compradores hayan firmado una declaración de aceptación de la oferta y reconozcan estar en posesión de una copia del contrato, pero no

⁴⁴ En la búsqueda de documentación, no se ha encontrado ningún autor que hable de esta posibilidad ni que la niegue. Pero de la lectura del artículo en cuestión parece perfectamente posible extraer tal conclusión.

⁴⁵ Artículo 312-10: «(...) *El prestamista y los avalistas no pueden aceptar la oferta hasta diez días después de haberla recibido*». («(...) *L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue*»).

⁴⁶ Como señala FAGES, B. (2007). *Droit des obligations*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

⁴⁷ La doctrina francesa sigue la teoría bipartita, distinguiendo entre nulidad absoluta y relativa –o anulabilidad–, como bien indica, entre otros, JOSSEAND, L., *Derecho civil*, t. I, Buenos Aires, 1952 (traducción de Cunchillos y Manterola, S.), p. 143. La anulabilidad supone un grado de invalidez menos grave que la nulidad absoluta, y permite a la parte perjudicada por el contrato viciado impugnarlo para buscar la supresión del daño causado. En el caso que nos ocupa, la sanción para la entidad financiera consiste en la prohibición del devengo de intereses durante el período en que el contrato incurre en el vicio de consentimiento. Hasta que no se produzca la aceptación, por parte del comprador, del contrato de préstamo en tiempo y forma, la entidad financiera no tiene derecho a percibir interés alguno.

se lleve a cabo la aceptación en la forma exigida por la ley, no se devengarán intereses a favor de la entidad financiera.

Fundamental resulta, por su parte –y por el contraste de no existir nada similar en el Derecho español–, el artículo 312-12⁴⁸. Establece que la oferta se acepta bajo la condición resolutoria de la no conclusión, y que el prestatario dispone de cuatro meses tras la aceptación para conseguir cerrar el contrato de compraventa para el cual solicitó el préstamo⁴⁹.

También es relevante el artículo 312-13⁵⁰, que especifica que, en caso de solicitud de más de un crédito para financiar la compra, estos préstamos se concluyen bajo la condición suspensiva de que todos ellos sean concedidos, salvo que el montante de alguno de ellos no supere el 10% del total, lo que lo excluirá de la aplicación de este artículo. Esto se debe al hecho de que se considera preciso por parte del legislador que el comprador tenga una necesidad real de conseguir el préstamo para adquirir la vivienda, y la forma de medir de modo objetivo tal necesidad ha sido la aplicación de este baremo.

Los artículos 312-14-1 y 312-14-2 especifican cómo debe realizarse la renegociación del crédito. Éste nuevo acuerdo debe dejar constancia del programa de depreciación, detallado para cada pago el capital restante para saber cuál es por si se diera el caso de llevar a cabo un reembolso anticipado y, en segundo lugar, la tasa anual equivalente y el coste del crédito calculado sobre la base de los plazos y costes futuros. En el caso de los préstamos de interés variable, se incluirá la tasa anual equivalente, así como el coste del crédito calculado sobre la base de los plazos y costes futuros a la fecha de revisión de intereses, así como las condiciones y modalidades de variación de la tasa.

La Sección cuarta del Capítulo dedicado al crédito inmobiliario se refiere al contrato principal que, obviamente en este caso, será la

⁴⁸ Artículo 312-12: «*La oferta es siempre aceptada bajo la condición resolutoria de la no conclusión, en un período de tiempo de cuatro meses a contar desde la aceptación del contrato por el cual se ha solicitado el préstamo. Las partes pueden acordar un período de tiempo mayor que el establecido en el párrafo anterior*». («*L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini à l'alinéa précédent*»).

⁴⁹ Realizaremos más adelante, en este mismo trabajo, un estudio en mayor profundidad del artículo 312-12.

⁵⁰ Artículo 312-13: «*Cuando el prestatario informa a sus prestamistas que utiliza varios préstamos para la misma operación, cada uno de estos préstamos queda sujeto a la condición suspensiva de la aprobación del resto de los préstamos. Esta disposición se aplica a los préstamos cuyo importe sea superior al 10% del crédito total*». («*Lorsque l'emprunteur informe ses prêteurs qu'il recourt à plusieurs prêts pour la même opération, chaque prêt est conclu sous la condition suspensive de l'octroi de chacun des autres prêts. Cette disposition en s'applique qu'aux prêts dont le montant est supérieur à 10% du crédit total*»).

compraventa de vivienda. Destacamos aquí el artículo 312-16⁵¹, que será después desarrollado en mayor profusión en este mismo trabajo. Este artículo 312-16 nos indica que si el precio del acuerdo mencionado en el artículo 312-15⁵² se paga, ya sea de modo directo o indirecto, mediante uno o varios préstamos, dicho acuerdo se concluye bajo la condición suspensiva de obtener la financiación precisa. Es decir, que si después no se obtiene dicha financiación, no existirá obligación alguna de cumplir el contrato, porque éste no existirá.

Las siguientes secciones de este Capítulo regulan el reembolso anticipado de los préstamos –la quinta–, y el alquiler de viviendas –la sexta–. El Capítulo II finaliza con las secciones séptima –que regula las sanciones– y octava –especifica el tribunal competente–.

2. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN LA NORMATIVA FRANCESA

Conviene, llegados a este punto, analizar cuáles son los principales dispositivos de protección que podemos encontrar en el actual

⁵¹ Artículo 312-16 del Code de la Consommation: «*Cuando la escritura mencionada en el artículo 312-15 indica que el precio será pagado, directa o indirectamente, incluso parcialmente, con la ayuda de uno o más préstamos regulados por las secciones 1 a 3 y la sección 5 del presente capítulo, la escritura se concluye bajo la condición suspensiva de la obtención del o de los préstamos solicitados para su financiación. La duración de la validez de esta condición suspensiva no podrá ser inferior a un mes a contabilizar desde la fecha de la firma de la escritura o, en el caso de un contrato privado, bajo la pena de nulidad del trámite del registro, a contar desde la fecha de este último. Cuando la condición suspensiva del primer párrafo del presente artículo no se realice, toda cantidad avanzada por el comprador a la otra parte o por la cuenta de este último es inmediata e íntegramente reembolsable sin penalización ni indemnización. Desde el décimoquinto día siguiente a la demanda de reembolso, esta suma produce intereses al tipo legal del dinero incrementado en un medio*». («*Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 312-15 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 et la section 5 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. La durée de validité de cette condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement. Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa du présent article n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenir ni indemnité à quelque titre que ce soit. A compter du quizième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié*»).

⁵² Artículo 312-15 del Code de la Consommation: «*El contrato escrito, incluyendo la promesa unilateral de venta aceptada y el contrato preliminar previsto en el artículo 261-15 del Code de la construction et de l'habitation, cuyo objetivo es constatar una de las operaciones mencionadas en el artículo 312-2, indicará si el precio se paga directa o indirectamente, bien en parte, con o sin uno o más préstamos regulados por las secciones 1 a 3 de este capítulo*». («*L'acte écrit, y compris la promesse unilatérale de vente acceptée et le contrat préliminaire prévu à l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation, ayant pour objet de constater l'une des opérations mentionnées à l'article L. 312-2, doit indiquer si le prix sera payé directement ou indirectement, même en partie, avec ou sans l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 du présent chapitre*»).

Code de la Consommation respecto del crédito inmobiliario, y parece lo más lógico realizarlo en el orden cronológico que seguirá la gestión del consumidor.

En primer lugar, encontramos la protección relativa a la publicidad. Básicamente, consiste en una serie de menciones obligatorias recogidas por la normativa, siguiendo los preceptos relativos a esta materia recogidos en el artículo 311-1 y siguientes del Code de la Consommation. No obstante, el legislador entendió que los préstamos hipotecarios precisaban de mayor protección a este respecto que el resto de préstamos, por lo que obligó a un formalismo estricto que cualquier préstamo con garantía hipotecaria debía seguir en su publicidad, bajo pena de multa de 30.000 euros al prestamista⁵³. Es el artículo 312-4 el que recoge estas normas.

Además, la ley exigió también que el documento publicitario recordase al prestatario que disponía de un período de reflexión de diez días, que la venta estaba sujeta a la obtención del préstamo y que, si no se obtenía el préstamo, el proveedor tenía la obligación de reembolsar las cantidades pagadas.

Respecto de la oferta previa y las menciones obligatorias que deben constar en ella, vienen recogidas en los artículos 312-7 y 312-8. Si bien existen notables similitudes con la regulación del contrato de crédito al consumo que no sea de carácter inmobiliario⁵⁴, también existen diferencias. El prestamista, por ejemplo, según recoge el artículo 312-7, está obligado a realizar una oferta por escrito al prestatario. Además, debe constar una serie de información de carácter indispensable⁵⁵, bajo pena de multa por su incumplimiento, al prestatario, de 3.750 euros⁵⁶.

⁵³ La cuantía de la sanción viene recogida en el artículo 312-32 del Code de la Consommation: «*L'annonceur pour le compte de qui est diffusée une publicité non conforme aux dispositions des articles L. 312-4 à L. 312-6 ou de l'article L. 312-25 sera puni d'une amende de 30.000 euros. Les dispositions des articles L. 121-2 à L. 121-7 sont applicables aux infractions relatives à la publicité relevées dans le cadre du présent chapitre*». («*L'annonceur pour le compte de qui est diffusée une publicité non conforme aux dispositions des articles L. 312-4 à L. 312-6 ou de l'article L. 312-25 sera puni d'une amende de 30000 euros. Les dispositions des articles L. 121-2 à L. 121-7 sont applicables aux infractions relatives à la publicité relevées dans le cadre du présent chapitre*»).

⁵⁴ Los contratos de crédito al consumo de bienes muebles vienen recogidos en el propio Code de la Consommation, en el capítulo anterior al que recoge los de carácter inmobiliario (artículos 311-1 y siguientes).

⁵⁵ Entre la información que debe constar se incluye la identidad de las partes; naturaleza, objeto y condiciones del préstamo; plan de amortización para los préstamos de tipo fijo; coste total del crédito; seguros y requisitos de la garantía; disposiciones sobre el período de reflexión

⁵⁶ La sanción correspondiente a este precepto viene recogida en el artículo 312-33 del Code de la Consommation. En el caso de que este incumplimiento tenga que ver con contratos de crédito al consumo de bienes muebles, la sanción es inferior, estando fijada en 1500 euros –recogido en el artículo 311-49 del Code de la Consommation–.

El siguiente momento sometido a protección es el envío y mantenimiento de la oferta. Cuestión muy importante es el primero de ellos, puesto que la normativa original –la Ley n.º 79-596– no especificaba el modo de transmisión a los consumidores de la oferta. Esto supuso en su momento que los prestamistas no respetasen el período de reflexión que debían ofrecer a sus clientes, falseando las fechas, como señala Picod⁵⁷. Todo ello motivó que fuera recogida la obligatoriedad de su envío por correo a partir de la reforma de 31 de diciembre de 1989. El hecho de tener que mantener dicha oferta durante un período de treinta días permite a los consumidores tener tiempo suficiente para leer los documentos enviados y reflexionar sobre la oferta presentada.

Existió controversia, por su parte, respecto del momento de la formación del contrato. Las dudas estribaban acerca de si dicha formación tenía lugar cuando se producía la aceptación de la oferta por parte del consumidor, o bien cuando se producía la liberación de los fondos. El Tribunal Supremo se ocupó de aclarar la situación, dictaminando que, siguiendo los artículos 312-7 y siguientes del Code de la Consommation, y tratándose de un préstamo otorgado por un profesional, el contrato se forma después de la aceptación de la oferta por parte del prestatario⁵⁸.

Finalmente, la última medida de protección es el período de reflexión del que debe disponer, obligatoriamente, el consumidor, antes de aceptar la oferta.

Marcada la vigencia de la oferta en treinta⁵⁹ días, el consumidor no puede aceptarla hasta que no hayan transcurrido los primeros diez días.

Si el prestamista no cumple este plazo mínimo, envía una oferta sin fecha o fechada de forma falsa, estará sujeto a una multa de 30.000 euros. El incumplimiento del plazo de reflexión por parte de la entidad de crédito la expone a la pérdida del derecho a percibir intereses⁶⁰.

Así, mientras la ignorancia del plazo de aceptación de diez días viene castigada con una nulidad relativa, el incumplimiento de los procedimientos referidos a las condiciones de recepción de la oferta de préstamo es sancionado con la supresión de los intereses, como señala Picod⁶¹. Así, para que la entidad financiera recupere

⁵⁷ PICOD, Y. (2010). *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz-Sirey, p. 332.

⁵⁸ PICOD, Y. (2010). *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz-Sirey, p. 333.

⁵⁹ Es también una característica específica del contrato de crédito inmobiliario, dado que el resto de contratos de crédito de Francia establecen la vigencia de la oferta en, únicamente, diez días.

⁶⁰ La sanción viene recogida en el artículo 312-33 del Code de la Consommation.

⁶¹ PICOD, Y. (2010). *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz-Sirey, p. 333.

el derecho a percibir intereses por el préstamo realizado, deberá subsanar el error en que ha incurrido.

Hasta que la oferta no haya sido aceptada, no se realiza pago alguno. Sin embargo, una vez firmado el contrato, no existe vuelta atrás, no hay derecho de desistimiento. No obstante, el destino del préstamo está vinculado a la celebración del contrato principal, como refleja el artículo 312-12.

Importantes resultan también los dispositivos de protección que permiten vincular la conclusión del préstamo y del contrato principal. Los vínculos recíprocos que ha introducido el legislador entre el contrato principal y el de préstamo se limitan prácticamente a la formación del contrato. A diferencia de lo que ocurre con los bienes muebles, el contrato principal no menciona la financiación y envía el préstamo a las disposiciones de la ley⁶².

Así, los principales mecanismos de protección que encontramos a este respecto son los siguientes:

a) De un lado, el préstamo se resuelve si el contrato financiado no se consigue en un determinado período de tiempo después de la aceptación, no pudiendo ser inferior a cuatro meses –recogido en el artículo 312-12 del Code de la Consommation–. El préstamo, pues, se realiza bajo la condición de la celebración del contrato principal⁶³. Si se produce la resolución del préstamo, el prestatario debe devolver los importes ya pagados.

b) Por otro lado, hay que indicar que el contrato de compraventa se celebra bajo la condición suspensiva de la obtención del crédito, incluso aunque en el contrato no se mencione que el consumidor tiene la intención de conseguir el dinero para pagar mediante la solicitud de un crédito –recogido en los artículos 312-16 y 312-17 del Code de la Consommation–.

Hay que señalar que la ley no llega a definir qué considera «*obtención del crédito*». El Tribunal Supremo se pronunció respecto a esta cuestión, especificando que es suficiente con la oferta de conformidad a la solicitud realizada por el prestatario⁶⁴.

⁶² COLLART DUTILLEUL, F./ DELEVEQUE, P. (2011). *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 9.^a ed., p. 812.

⁶³ COLLART DUTILLEUL, F./ DELEVEQUE, P. (2011). *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 9.^a ed., p. 814.

⁶⁴ Cass. 1.^{re} civ., 2 de junio de 1993, D., IR, 1993, 154. Cass. Civ. 1.^{re}, 2 junio 1993, Conan contra Van Duijn; *JCP* 93, éd. G, IV, 1910, p. 231. En este caso en particular, la compradora había acordado un préstamo de 500.000 francos, pero debía justificar un aporte personal de 700.000. Dado que no logró alcanzar esa cifra, renunció a la compra. El agente de la propiedad inmobiliaria era quien reclamaba en esta ocasión, pidiendo el pago de su comisión. No consideró el Tribunal la existencia de mala fe por parte de la compradora, pero la condenó al pago al agente inmobiliario de una comisión del 5% del montante

c) Finalmente, resulta importante el hecho de que, cuando el prestatario solicita más de un préstamo para hacer frente al pago del contrato principal, cada préstamo queda sujeto a la condición suspensiva de la obtención del otro⁶⁵. Para que el préstamo quede sometido a esta regla deben cumplirse dos condiciones. La primera es la necesidad de informar previamente a los prestamistas de la utilización de varios préstamos para realizar la misma operación de compraventa. La segunda requiere que la cantidad de cada uno de los préstamos sea superior al 10% del montante total del crédito⁶⁶.

Una vez celebrado el contrato, no obstante, no se terminan automáticamente las medidas de protección, sino que éstas continúan existiendo, si bien son distintas. Así, existe una limitación de las obligaciones del prestatario, que tiene lugar en dos ámbitos:

a) De una parte, se aplican disposiciones relativas a las tasas de usura⁶⁷ y, de otra, se limitan las posibles comisiones a cobrar por parte de las entidades de crédito en el caso de reembolso anticipado, así como el interés que el prestamista podrá exigir al prestatario en caso de que éste último incumpla sus obligaciones de pago⁶⁸.

total que hubiera supuesto la operación de haberse llevado a cabo, dado que consideró que el agente inmobiliario había cumplido plenamente con su mandato.

⁶⁵ Recogido en el artículo 312-16 del Code de la Consommation.

⁶⁶ Recogido en el artículo 312-13 del Code de la Consommation. Su aplicación lo es sólo en el supuesto de la obtención de financiación y posterior búsqueda de vivienda para adquirir, no en el supuesto de búsqueda de financiación para una vivienda ya adquirida.

⁶⁷ El artículo 313-3 del Code de la Consommation establece lo que se entiende por usura en Francia: «*Constitue un prêt usurario todo préstamo convencional concedido a una tasa anual equivalente que exceda, en el momento de su concesión, en más de un tercio, la media de la tasa anual equivalente en el transcurso del trimestre anterior por los establecimientos de crédito para las operaciones de la misma naturaleza y que comporten riesgos análogos, según lo definido por la autoridad administrativa previo aviso al Comité consultivo del sector financiero. Las categorías de operaciones para los préstamos a los particulares no entran dentro del campo de aplicación de los artículos L. 312-1 a L. 312-3 siendo definidos por razón del montante de sus préstamos*». («*Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier. Les catégories d'opérations pour les prêts aux particuliers n'entrant pas dans le champ d'application des articles L. 312-1 à L. 312-3 sont définies à raison du montant des prêts*»).

Las disposiciones relativas a la tasa de usura son comunes tanto para los contratos de crédito de bienes muebles como de inmuebles.

⁶⁸ Estas medidas están recogidas en los artículos 312-21 y 312-22 del Code de la Consommation.

En el caso del artículo 312-21, se relaciona con el 1152 del Code Civil. El artículo 312-21 señala que el propio contrato de préstamo puede prohibir los reembolsos anticipados iguales o superiores al 10% del importe total del crédito. Igualmente, establece que puede darse el caso de que el contrato contenga una cláusula por la que, en caso de reembolso anticipado del préstamo, el prestatario pueda exigir una indemnización en base a los intereses todavía

b) Otra medida que se contempla es la posibilidad de suspensión o terminación de las obligaciones del prestatario, dado que el juez puede conceder un período de gracia en virtud del artículo 313-12 del Code de la Consommation⁶⁹.

no vencidos. Respecto al artículo 1152 del Code Civil –al que remite el artículo 312-21–, señala que cuando el propio contrato establece la cantidad que deberá pagar la parte que no cumple, en concepto de daños, no se puede reclamar una cifra menor o superior. No obstante, este artículo deja abierta la posibilidad a la decisión del juez, que podrá modificar la cuantía estipulada en el contrato si ésta es excesiva o muy pequeña.

Por su parte, el artículo 312-22 deviene en relación con los efectos estipulados en los artículos 1152 y 1231, también del Code Civil. Este artículo 312-22 establece: «*En caso de incumplimiento por parte del prestatario y si el prestamista no requiere el pago inmediato del capital pendiente, puede aumentar, dentro de los límites fijados por decreto, la tasa de interés que el prestatario tendrá que pagar hasta que ha vuelto a la normalidad en los vencimientos contractuales. Cuando el prestamista esté obligado a solicitar la resolución del contrato, se podrá exigir el reembolso inmediato del capital pendiente de pago, así como el pago de intereses. Hasta la fecha de pago efectivo, las cantidades pendientes devengarán intereses de demora a un tipo de interés igual al del préstamo. Además, el prestamista puede pedir al deudor que incumple una indemnización que, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 1152 y 1231 del Code Civil, no podrá exceder de un importe que, en función de la duración restante del contrato, se fija de acuerdo a una escala determinada por decreto.*». («*En cas de défaillance de l'emprunteur et lorsque le prêteur n'exige pas le remboursement immédiat du capital restant dû, il peut majorer, dans des limites fixées par décret, le taux d'intérêt que l'emprunteur aura à payer jusqu'à ce qu'il ait repris le cours normal des échéances contractuelles. Lorsque le prêteur est amené à demander la résolution du contrat, il peut exiger le rembursement immédiat du capital restant dû, ainsi que le paiement des intérêts échus. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues produisent des intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt. En outre, le prêteur peut demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui, sans préjudice de l'application des articles 1152 et 1231 du code civil, ne peut excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret.*»). El artículo 1231 del Code Civil establece que cuando la obligación se haya realizado parcialmente, la pena acordada puede, de oficio por el juez, ser reducida en proporción al interés que ha proporcionado al acreedor, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1152 del Code Civil.

⁶⁹ Se llegó a considerar por parte de alguna plataforma de afectados la posibilidad de que el consumidor se deshiciera completamente de sus obligaciones, en una medida similar a la que se pidió en España respecto de la aplicación de la dación en pago. No se llegó tan lejos por parte del legislador, que aplicando el artículo 1244 del Code Civil encontró la forma legal de poder suspender temporalmente las obligaciones del prestatario durante un período que no excediera de dos años, en virtud del artículo 1244-1 del Code Civil, que dice: «*Sin embargo, considerando la situación del deudor y las necesidades del acreedor, el juez puede, dentro del límite de dos años, aplazar o dividir el pago de las sumas adeudadas. Por decisión especial y motivada, el juez puede ordenar que las sumas correspondientes a los vencimientos aplazados devenguen intereses a un tipo reducido, que no podrá ser inferior a los tipos legales, o que los pagos se imputarán en primer lugar sobre el capital. Además, puede subordinar estas medidas al cumplimiento, por parte del deudor, de sus actos propios para facilitar o garantizar el pago de la deuda. Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las deudas de alimentos.*». («*Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues. Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments.*»). A este respecto, CALAIS-AULOY, J. et al (1981). *Le droit de la consommation en France*, Southampton, Centre de Droit de la Consommation de l'Université de Montpellier, Van Nostrand Reinhold Company, p. 152.

No obstante, la redacción de la ley de 1979 no terminó de conseguir la totalidad del objetivo previsto –que como ya puede observarse, es conseguir la mayor protección jurídica posible al consumidor–. El Tribunal Supremo tuvo que extender la protección del derecho de crédito del consumidor en aquellos casos que no estaban previstos por las disposiciones legales. La creación de un vínculo entre el contrato principal y el de préstamo sólo establecía en la normativa un enlace a la conclusión de los contratos conforme a los artículos 312-15 y siguientes del Code de la Consommation. El Tribunal empleó una ficción legal⁷⁰ para potenciar este aspecto,

Los supuestos de dicha suspensión no quedan recogidos por el Code Civil, siendo el juez quien decide libremente de acuerdo a la posición del deudor, pero en el caso que nos ocupa sí hay una condición que no está reflejada en el Code Civil. El artículo 313-12 del Code de la Consommation establece que dicha medida será aplicable, particularmente, en caso de despido del acreedor: «*La ejecución de las obligaciones del deudor pueden ser, en particular en caso de despido, suspendida por el juez, de conformidad con los artículos 1244-1 a 1244-3 del Code Civil. La orden puede decidir que, durante el período de gracia, las cantidades adeudadas produzcan intereses. Además, el juez podrá determinar en la ordenanza el modo de pago de las sumas que serán exigibles al término del período de suspensión, sin que el pago pueda exceder en más de dos años al período inicialmente previsto de reembolso del préstamo (...)*». («*L'exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge d'instance dans les conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil. L'ordonnance peut décider que, durant le délai de grâce, les sommes dues ne produiront point intérêt. En outre, le juge peut déterminer dans son ordonnance les modalités de paiement des sommes qui seront exigibles au terme du délai de suspension, sans que le dernier versement puisse excéder de plus de deux ans le terme initialement prévu pour le remboursement du prêt (...)*»).

En el caso español, podemos encontrar una medida que guarda ciertas similitudes con la legislación francesa en este aspecto. Se trata de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Si bien la norma española realiza un desarrollo mucho más metódico de en qué supuestos una persona podrá ser considerada o no beneficiaria, lo cierto es que establece el mismo período de dos años como plazo máximo, y la finalidad es la misma. Las diferencias son, sin embargo, notables, comenzando por el hecho de que en España ha sido necesario regular este supuesto de manera urgente y de forma casi improvisada, mientras que la legislación francesa lo contempla desde hace más de treinta años y ofrece una discrecionalidad al juez mucho mayor a la hora de decidir respecto de la posibilidad de aplicar esta medida o no. Continuando con el caso español, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965 tenía prevista una medida similar en su artículo 13, que establecía lo siguiente: «*Los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos. En estos casos el propio Juzgado o Tribunal determinará el recargo que, como consecuencia de los nuevos aplazamientos, deberá experimentar el precio*». Esta disposición no tuvo posteriormente continuidad con la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1998, que derogó la ley de 1965.

⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 1 de diciembre de 1993, JCP 1994, II, 22325, note Jamin. El caso enfrentó a la señora Boléa contra el Banque Populaire de la Côte d'Azur (BPCA). El señor Mollon adquirió la nuda propiedad de unas parcelas sobre las que pretendía construir una casa individual, pagando el precio con la ayuda de un préstamo, y nombrando a la señora Boléa usufructuaria. Durante la excavación para la construcción de la vivienda, los trabajos sacaron a la luz una tubería de agua, cuya servidumbre no había sido revelada en el momento de la compra por el vendedor. El matrimonio comprador solicitó la devolución del dinero pagado y la resolución del contrato de compraventa. La sentencia de la Corte de Apelación de Aix-en-Provence, de fecha 20 de marzo de 1991, se pronunció condenando al

ampliando de este modo la vinculación entre el contrato de préstamo y el principal también en la ejecución del contrato. Así, consideró que, en la medida en que la resolución judicial provoca la destrucción retroactiva del contrato de venta –recogido en el artículo 1184 del Code Civil⁷¹–, se considera que dicha venta nunca se ha realizado y que, por lo tanto, se deduce que el contrato de préstamo se termina automáticamente.

Si bien los mecanismos de protección franceses buscan proporcionar una completa protección a los consumidores, no terminan de conseguir plenamente el objetivo marcado, aunque no cabe la menor duda de que quienes compran una vivienda en Francia están en mejor situación que los adquirentes de vivienda que realizan su compra en el mercado español.

El consumidor francés dispone, además de lo recogido en la normativa, de la interpretación del Tribunal Supremo de su país y la aplicación de la jurisprudencia en la materia, de forma que en total puede beneficiarse de una protección bastante completa, y las metas que se impuso el legislador están próximas a su consecución. Por supuesto, se han planteado mejoras por parte de diversos autores⁷².

vendedor a devolver el importe que le habían abonado, más los correspondientes daños y perjuicios, pero desestimó la solicitud de los demandantes de rescindir el préstamo. Posteriormente, con fecha 1 de diciembre de 1993, el Tribunal de Casación casó y anuló la sentencia de 20 de marzo de 1991, pero sólo respecto a la decisión correspondiente al préstamo. Entendía el Tribunal que, siguiendo los artículos 1184 del Code Civil y 9 de la Ley de 13 de julio de 1979 –vigente en aquella fecha, si bien la solución con la normativa actual sería la misma–, el préstamo debía ser resuelto de pleno derecho.

⁷¹ Artículo 1184: «*La condición resolutoria siempre está implícita en los contratos sinalagmáticos, en el caso de que una o las dos partes no realicen su obligación. En estos casos, el contrato no se resuelve de pleno derecho (...)*». («*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit (...)*»).

⁷² Por ejemplo, MEYFARTH, I. (2005). *La protection de l'emprunteur dans le cadre du crédit à la consommation*, en el marco del seminario franco alemán *La protection du faible par le droit civil*. La autora proponía la posibilidad de otorgar mayor discrecionalidad al juez a la hora de aplicar las sanciones, y que la publicidad se limitase sólo a los datos estrictamente imprescindibles para evitar que el consumidor se viera sobrecargado por la cantidad de datos que se le suministraban.

Respecto de la resolución contractual, conviene destacar el texto de AUBERT DE VINCELLES, C. «*La résolution du contrat pour inexécution*», en Terré, F. (2009). *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, pp. 269-279. La autora destaca la necesidad de tres modificaciones fundamentalmente, como serían la introducción legal de la resolución por notificación, igual medida para la resolución anticipada, y el efecto no retroactivo de la destrucción de un contrato.

LAGARDE, X. «*Prévenir le surendettement des particuliers*», *JCP* éd. G., 2002, p. 1609. El autor destaca el hecho de que el exceso de información exigido por la normativa francesa desalienta al consumidor a leer toda la documentación que tiene a su disposición, lo cual puede tener el efecto contrario al buscado y deriva en que el consumidor termina teniendo mucha menos información de la que está a su alcance. Por su parte, PAISANT, G. «*La loi du 13 décembre 1989 relative au surendettement des ménages*», *JCP*, I, 1990, 3457, n.º 77, va todavía más lejos, al hablar de ahogamiento del consumidor en la información.

3. LAS DIFICULTADES EN LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

Los tratos preliminares tienen como objetivo alcanzar un acuerdo entre las partes, conseguir que la venta tenga lugar. El hecho de que existan dificultades durante la negociación y ejecución del contrato es algo con lo que hay que contar desde el principio, más en un negocio de la importancia y cuantía del que estamos estudiando. Estas dificultades difieren en naturaleza e importancia, según las obligaciones que los contratos hagan nacer a una u otra de las partes.

Algunos contratos preparatorios implican una situación particular que requiere esperar al cumplimiento de un evento que resulta incierto, pero totalmente necesario para la realización del contrato final⁷³. En función del tipo de contrato, la producción del hecho dependerá de la voluntad del deudor, del acreedor o de ambos, e incluso del azar. Ciertos hechos, por otra parte, se producen gracias a una de las partes –como la ejecución de una opción–, mientras en otros no influyen –condición suspensiva casual–.

Debemos distinguir en función de que un hecho *pueda* ocurrir, o *deba* realizarse. Indudablemente, en nuestro caso, la única opción interesante es la segunda, dado que es el supuesto recogido tanto en el artículo 312-12 del Code de la Consommation como en el 312-16 –después los veremos en mayor profundidad, baste por el momento señalar que el hecho será en estos casos la obtención de financiación para el pago de una vivienda o la adquisición de la misma–. La producción del hecho en los supuestos regulados por ambos artículos está recogida en la normativa, no es algo que las partes deban acordar o negociar. Además, sólo nos interesan las dificultades existentes antes de la realización del acontecimiento, puesto que después los dos contratos vinculados habrán quedado perfeccionados.

Con respecto a una obligación de hacer o de no hacer, la sanción se dicta por el artículo 1142⁷⁴ del Code Civil. Quien incumple puede ser condenado sólo a una indemnización por daños y perjuicios. Una sanción que parece justificada en lo que concierne espe-

⁷³ Así, el artículo 312-12 concede un período al comprador de vivienda para adquirir una, que será condición imprescindible para que quede obligado por el préstamo concertado con el prestatario. Mientras, el 312-16 opera en el supuesto contrario, cuando se dispone de la vivienda pero todavía no se ha conseguido la financiación necesaria.

⁷⁴ Artículo 1142 del Code Civil: «Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve mediante daños y perjuicios por incumplimiento del deudor». («Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur»).

cialmente a la obligación de no hacer, como señala Collart Dutilleul⁷⁵. El problema aparece, según el autor, respecto de la cuestión de cómo sería posible obligar a una de las partes a no realizar lo que ha hecho⁷⁶, si bien podríamos decir más adecuadamente impedirle realizar la acción que llevó a cabo.

Existen, a este respecto, dos excepciones en el ámbito de los contratos que estamos estudiando.

a) De un lado, las reglas de la publicidad inmobiliaria. Devienen inoponibles por el beneficiario de un pacto de preferencia una vez publicada la venta que el vendedor realizó con un tercero en violación del contrato preliminar. Es decir, una vez se ha publicado en el Registro de la Propiedad la identidad del nuevo dueño, éste está a salvo del contrato o promesa que celebró el vendedor con otro posible comprador.

b) La otra excepción se refiere a la venta bajo condición suspensiva. El artículo 1178 del Code civil dice que «*la condición se reputa realizada cuando el deudor, requerido por esta condición, impidió la realización de la misma*»⁷⁷. El legislador ha encontrado, a juicio de Collart Dutilleul⁷⁸, la solución más adecuada, al menos en apariencia. Tal solución consiste en dar fuerza definitiva al compromiso aunque se haya hecho decaer la condición a voluntad. La aplicación de esta sanción, no obstante, resulta delicada.

El artículo 1178 puede parecer complementario del 1174⁷⁹, que anula el acuerdo concluido bajo una condición potestativa por el deudor. El propio autor refleja que, o bien los dominios respectivos de estos dos artículos no están bien delimitados, o la aplicación de los mismos conduce a dos resultados opuestos. Da la impresión, continúa Collart Dutilleul, de que el artículo 1174 alude más bien a una condición sometida *a priori* a la arbitrariedad de un deudor,

⁷⁵ COLLART DUTILLEUL, F. (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, p. 150.

⁷⁶ Sería, no obstante, una medida prácticamente imposible. Si se atendiera *a posteriori*, sólo las sanciones económicas podrían intentar conseguir el objetivo y, si se intentaran aplicar antes de la producción del hecho, se estaría alterando el principio de la presunción de inocencia.

A juicio del autor, se podría implementar la medida propuesta por el artículo 1184 del Code Civil; la resolución del contrato. Pero no está claro cuál es el interés que podría presentar la resolución de un contrato expirado por el fracaso de la condición suspensiva.

⁷⁷ «*La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement*».

⁷⁸ COLLART DUTILLEUL, F. (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, p. 150.

⁷⁹ Artículo 1174 del Code Civil: «*Toda obligación es nula cuando se contrae bajo una condición potestativa de la parte que se obliga*». («*Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*»).

mientras que el artículo 1178 sanciona *a posteriori* el comportamiento dañino de un contratante. La jurisprudencia prefiere aplicar la sanción recogida en el artículo 1178.

La propia incertidumbre del suceso supone, en principio, que el contrato origine obligaciones de cualquier tipo. Del mismo modo, ninguna de las partes en una venta bajo condición suspensiva tiene la obligación de buscar la producción del hecho, pero tampoco pueden ser un obstáculo para que el suceso tenga lugar. Sin embargo, en los supuestos que estamos analizando, el caso no es exactamente así. El comprador deberá realizar operaciones concretas con la finalidad de conseguir su propósito, que será, según el caso, la consecución de un préstamo o la compra de una vivienda.

4. LA PROMESA UNILATERAL DE VENTA CONDICIONADA

En las próximas páginas de este trabajo vamos a analizar la regulación francesa en los contratos de compra de bienes inmuebles bajo condición resolutoria y bajo condición suspensiva. Pero antes de llegar a dicho análisis, conviene distinguirlos –especialmente al contrato de condición suspensiva, por ser el más semejante– de la figura del contrato de promesa unilateral de venta condicionada.

La principal diferencia entre la compraventa y la promesa de venta consiste en que, mientras la compraventa otorga una acción real para tener el dominio de la cosa, la promesa de venta otorga una acción personal para reclamar la realización posterior de la venta bajo unas condiciones pactadas.

La venta sujeta a condición resolutoria presenta las características de una venta que produce sus efectos pendiente del cumplimiento de la condición. Por su parte, la condición suspensiva muestra el carácter incompleto del contrato. Las obligaciones quedan sujetas al hecho de que se produzca la condición. La existencia de una condición suspensiva sólo suspende el nacimiento de las obligaciones contractuales del vendedor y del comprador.

La condición suspensiva permite a las partes perfeccionar su consentimiento de acuerdo con la producción futura o no de la condición. Se trata de un factor de individualización de los contratos que genera seguridad en las relaciones jurídicas entre las partes contratantes⁸⁰. Con la condición suspensiva se bloquean el nacimiento

⁸⁰ COLLART DUTILLEUL, F. (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, p. 85. Para el autor, el hecho de recurrir a una condición suspensiva implica la posibilidad de que si el vendedor sospecha respecto de la solvencia de que dispone el comprador, por ejemplo, someter la venta a la condición de obtención de financiación elimina esa variable. En el caso del comprador, por seguir con los ejemplos, retrasa la formalización

de las obligaciones del comprador y del vendedor y la transferencia de la propiedad⁸¹. En cambio, la condición resolutoria no impide ni la formación del contrato ni la transferencia inmediata de la propiedad y el riesgo⁸² desde el primer momento, en caso de que finalmente se complete la compraventa.

La venta bajo una condición suspensiva introducida por las partes aparece en muchas ocasiones como un contrato productor de obligaciones específicas y preparatorias de una venta futura y eventual. Es una forma particular de venta, dado que contiene los elementos constitutivos. La venta bajo condición suspensiva da lugar a dos situaciones que se suceden en el tiempo, como son la actual y la futura y eventual.

Por el contrario, en el contrato de promesa unilateral de venta condicionada, el vendedor se compromete a realizar la venta de su inmueble, si el comprador decide ejercer esta opción que se le reconoce, bajo cierta condición. Es decir, acepta celebrar al tiempo

de la compraventa hasta cerciorarse de que podrá pagar la vivienda adquirida o, caso de ser un constructor, puede establecer una condición suspensiva con la finalidad de obtener los permisos de construcción en el terreno adquirido. Así, la única inseguridad que ofrece esta condición se refiere a si finalmente el contrato se llevará o no a cabo, algo que se conocerá en un período de un mes si las partes no han acordado lo contrario. Desde estas líneas, respaldamos la posición del autor, dado que un mes de espera no resulta excesivamente importante cuando estamos hablando de conseguir una mayor seguridad en un contrato de cantidades económicas tan altas como a los que nos estamos refiriendo.

⁸¹ En el Derecho francés, contrariamente al español, no rige la teoría del título y el modo. Para el Derecho francés, en los contratos de compraventa (y en el resto de contratos de finalidad traslativa) es suficiente el acuerdo de voluntades manifestado por las partes que, al mismo tiempo que hace nacer obligaciones, provoca la transmisión de la propiedad, no siendo necesaria ninguna otra formalidad. Esto viene recogido en los artículos 711 y 1138 del Code Civil.

Artículo 711: *«La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión, por donación entre vivos o testamentaria, y por efecto de las obligaciones»*. (*«La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations»*).

Artículo 1138: *«La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las personas contratantes. Ello hace al acreedor propietario y coloca la cosa a su riesgo desde el instante en que ella debía ser entregada, aunque no se haya hecho la tradición a menos de que el deudor esté en mora de entregarla, en cuyo caso el riesgo de la cosa continúa a cargo de este último»*. (*«L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier»*).

⁸² Como resulta de la aplicación del artículo 1181 del Code Civil, que dice: *«La obligación contraída bajo condición suspensiva es la que depende o de un evento futuro, o de un evento ya ocurrido, pero que aún se desconoce por las partes. En el primer caso, la obligación no puede ser ejecutada hasta después del evento. En el segundo caso, la obligación causa efecto desde el día en que fue contratada»*. Por su parte, para apreciar la diferencia entre condición suspensiva y resolutoria, ésta última viene regulada en el artículo 1183 del Code Civil: *«La condición resolutoria es aquella que, cuando se cumple, implica la revocación de la obligación, y deja las cosas en el mismo estado que si no hubiera existido la obligación. No suspende la obligación de la ejecución, sólo obliga al acreedor a devolver lo que ha recibido, en el caso de que se produzca la condición»*.

el precontrato y, de modo anticipado, la venta futura. Por su parte, el comprador acepta la promesa del vendedor y, si lo considera oportuno en virtud de la posibilidad que el vendedor le ha reconocido, produce el nacimiento de la obligación.

La promesa de venta condicionada puede producirse en dos supuestos distintos. Uno de estos casos tiene lugar cuando el vendedor promete vender su inmueble al comprador, bajo cualquier condición suspensiva –en este caso, la promesa de venta será unilateral–. El segundo supuesto tiene lugar cuando el vendedor se compromete a vender su inmueble al comprador y, en el caso de que éste último ejercite la opción, la venta sólo podrá celebrarse bajo cierta condición –en este segundo caso, la promesa de venta será bilateral–. A la hora de establecer las diferencias con el contrato de compraventa bajo condición suspensiva, nos interesa más el primer supuesto, por ser más semejante.

En la promesa unilateral de venta, el beneficiario puede prevenirse contra los terceros⁸³, haciendo publicar en el registro de la propiedad la venta condicionada que resulta del nacimiento de la opción. También tiene la posibilidad de constituir una hipoteca sobre un inmueble, en provecho de alguno de sus acreedores, puesto que desde que ha nacido la opción el beneficiario es comprador, y por tanto propietario, aunque lo sea de forma condicional, conforme al artículo 2414 del Code Civil⁸⁴. Esta hipoteca queda sujeta a las mismas condiciones que el derecho del comprador, puesto que desaparece de no llevarse a cabo la compraventa, y se lleva a cabo en el día de la inscripción en el caso contrario⁸⁵.

Esta posibilidad puede justificarse en base a la retroactividad ligada a la ejecución de la opción que tiene el comprador, pues una vez llevada a cabo la compraventa se considera que el adquirente ha sido dueño de la vivienda desde el principio, de forma que tenía el derecho de constituir una hipoteca a favor de un acreedor.

⁸³ COLLART DUTILLEUL, F. (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, p. 40.

⁸⁴ Artículo 2414 del Code Civil: «*Los que tengan un derecho sobre un inmueble sometido a condición, o resoluble en algunos casos, o sujeto a rescisión, sólo podrán conceder una hipoteca sujeta a las mismas condiciones, o incluso a la misma rescisión (...)*». («*Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision*»).

El artículo 2414 del Code Civil fue redactado por la Ordenanza n.º 2006-306, de 23 de marzo de 2006, publicada en el Journal Officiel de la République Française de 24 de marzo de 2006. Anteriormente, su redacción se correspondía con el artículo 2125 del Code Civil. La modificación implicó la adición de un tercer párrafo al artículo, referido a la hipoteca parcial de uno o más inmuebles indivisos.

⁸⁵ Son de esta opinión autores como AUBRY, COLIN, CAPITANT o PLANIOL, entre otros.

No obstante, esta posición no convence a todos los autores⁸⁶. Para Collart, el vendedor es el único dueño de la vivienda hasta que se produzca la condición del contrato. De modo que, si el adquirente dispone de ciertas prerrogativas de propietario, lo es por anticipación. Así, considera que durante el período de incertidumbre, tanto el vendedor como el comprador se encuentran en una situación de igualdad, disponiendo del mismo derecho de hacer respecto a la cosa. Para el autor, esta situación de igualdad de hacer entre las partes es, a priori, ineficaz⁸⁷.

El artículo 2414 del Code Civil también resulta aplicable al comprador de un producto bajo condición suspensiva. No obstante, respecto del caso concreto de la condición suspensiva en el supuesto del consumidor que ha adquirido ya una vivienda pero carece todavía de financiación para pagarla, el Code Civil no aclara de modo satisfactorio el efecto de la condición.

Por ello, superando al Code Civil, la venta bajo condición suspensiva fue regulada por la antigua Ley n.º 79-596, de 13 de julio de 1979, hoy día subsumida en el Code de la Consommation. En las siguientes páginas vamos a analizar el contenido de los artículos 312-12 y 312-16, con la finalidad de explicar cuál es el marco legal en la actualidad.

III. LOS CONTRATOS BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA Y BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA

1. EL ARTÍCULO 312-12 DEL CODE DE LA CONSOMMATION. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EN EL SUPUESTO DE NO ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA

Este artículo constituye una de las principales diferencias entre el Derecho francés y el español, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna medida similar. Es, además, uno de los mejores ejemplos de la normativa francesa respecto a la importancia que se reconoce en este país a la vinculación contractual entre el contrato principal de compraventa de vivienda y el de solicitud de un préstamo con garantía hipotecaria para su adquisición.

Encontramos el artículo 312-12 del Code de la Consommation ubicado en la regulación del crédito con garantía hipotecaria. Reco-

⁸⁶ COLLART DUTILLEUL, F. (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, París, Sirey, p. 145 y ss.

⁸⁷ CARBONNIER, J., es de la misma opinión.

ge el supuesto de obtención de un préstamo con garantía hipotecaria previo a la adquisición de una vivienda.

El artículo 312-12 dice lo siguiente: «*La oferta es también aceptada bajo la condición resolutoria de la no conclusión, en un período de cuatro meses a contabilizar desde su aceptación, del contrato por el cual es solicitado el préstamo.*

Las partes pueden acordar un período mayor al definido en el párrafo precedente»⁸⁸.

Lo que establece el artículo es que, una vez concedido el crédito, el comprador dispone de un mínimo de cuatro meses para realizar la adquisición de la vivienda y que, en caso de que ésta no se produzca, el contrato de préstamo se considerará como no concluido. El período de cuatro meses, entendemos, es más que suficiente para la celebración del contrato principal⁸⁹.

Es, pues, evidente que el crédito para la adquisición de la vivienda concedido por la entidad financiera se ve afectado por una condición. Tal condición es la conclusión de la venta dentro del tiempo establecido en el contrato, que como ya señala el propio artículo queda establecida en un plazo mínimo de cuatro meses. Debe señalarse, igualmente, que las partes pueden acordar un período mayor, bien al principio, o durante la vigencia del contrato, ya que nada impide que el acuerdo de ampliar el plazo legal de cuatro meses tenga lugar después de la firma del contrato.

Nos encontramos, pues, con dos posibles supuestos derivados de este artículo 312-12:

a) El primero será que finalmente se celebre el contrato de compraventa en el plazo previsto en el contrato de préstamo, de tal modo que el contrato de préstamo es válido desde el principio y se consolida de modo retroactivo.

b) El segundo supuesto implicará que la condición resolutoria se cumpla, es decir, que no se consiga celebrar la compraventa de vivienda en el período estipulado –y éste no se amplíe por las partes–. En este segundo supuesto se entiende que el préstamo no ha tenido lugar, y el consumidor deberá reembolsar a la entidad financiera las cantidades que le haya adelantado por este concepto.

⁸⁸ «*L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini à l'alinéa précédent.*

⁸⁹ DAGOT, M. (1980). «Prêt immobilier et protection de l'emprunteur (Loi du 13 juillet 1979)», *JCP*, 1980, artículo 2979. El autor afirma que, en principio, cuatro meses será un período de tiempo suficiente en la mayoría de las ocasiones. Sin embargo, especifica una serie de supuestos en los que los cuatro meses pueden quedarse escasos, como serían, por ejemplo, la celebración del contrato principal sujeta a la obtención de un permiso de construcción o la solicitud de un permiso que autorizase una subdivisión o similares, entre otras.

Por supuesto, que se cumpla la condición resolutoria conlleva mayores problemas que el hecho de que no se cumpla. Así, la consecuencia de que se haya conseguido la compra de una vivienda dentro del plazo de vigencia del préstamo implica que el acuerdo continúa adelante en las condiciones redactadas por las partes. Pero, en el caso de no haberlo conseguido, las obligaciones de una y otra parte devienen distintas. De este modo, el consumidor estará obligado a pagar la primera cantidad que el prestamista haya pagado en nombre del prestatario a un tercero. La suposición común de esta medida consiste en el hecho del pago por parte del prestamista de cierta cantidad del préstamo en la oficina del notario que será el encargado de recibir tanto la escritura de la compraventa de la vivienda como la del préstamo acordado entre prestamista y prestatario, a fin de pagar los gastos del trabajo del notario. No debe constituir problema alguno si las cantidades en cuestión fueron pagadas a un tercero por la razón acordada entre las partes. Es el actual artículo 312-14⁹⁰ el que establece la obligación del prestamista de reintegrar al prestatario las cantidades anticipadas, así como sus intereses correspondientes. No obstante, y como señala este mismo artículo, el montante de estos gastos, así como también las condiciones en que deberán ser percibidos, figurarán claramente en la oferta. Además, el prestatario se encontrará obligado a pagar los intereses sobre las cantidades efectivamente pagadas por el prestamista. La tasa aplicable a esta cantidad será la acordada en el contrato de préstamo entre las partes.

No resulta extraño que el consumidor intente evitar este pago, lo cual le llevará a argumentar que la entidad financiera realizó el primer pago de la cantidad del préstamo de manera apresurada y sin su consentimiento⁹¹.

En caso de que finalice el período de cuatro meses o más estipulado por las partes y se cumpla la condición resolutoria, el presta-

⁹⁰ Artículo 312-14 del Code de la Consommation: «*Cuando el contrato para el que se ha solicitado el préstamo no queda concluido en el período establecido en el artículo L. 312-12, el prestatario está obligado a devolver la cantidad total que el prestamista ya hubiera pagado o hubiera pagado por su cuenta, así como los intereses correspondientes; el prestamista sólo podrá retener o demandar los gastos de estudio hasta el montante máximo fijado mediante un baremo determinado por decreto. El montante de estos gastos, así como las condiciones en que se perciben, deberán figurar claramente en la oferta.*» («*Lorsque le contrat en vue duquel le prêt a été demandé n'est pas conclu dans le délai fixé en application de l'article L. 312-12, l'emprunteur est tenu de rembourser la totalité des sommes que le prêteur lui aurait déjà effectivement versées ou qu'il aurait versées pour son compte ainsi que les intérêts y afférents; le prêteur ne peut retenir ou demander que des frais d'étude dont le montant maximum est fixé suivant un barème déterminé par décret. Le montant de ces frais, ainsi que les conditions dans lesquelles ils sont perçus, doivent figurer distinctement dans l'offre.*»).

⁹¹ Como señala DAGOT, M. (1980), «Prêt immobilier et protection de l'emprunteur (Loi 13 du juillet 1979)», *JCP*, 1980, artículo 2979.

mista sólo podrá quedarse con el montante de los gastos de estudio, fijados por decreto, como señala el propio artículo 312-14⁹².

Debe señalarse, además, que cabe la posibilidad de que un consumidor haya solicitado varios créditos para la financiación de la compraventa de la vivienda. En estos supuestos, la concesión de ambos, o la denegación de los dos créditos, no suponen problema alguna. Pero puede también darse la situación de que uno de los créditos sea aceptado y el otro rechazado. La denegación del segundo crédito no afectará siempre al cumplimiento o no de la condición resolutoria. Esto lo regula el artículo 312-13⁹³, que especifica que la normativa no será aplicable a aquellos préstamos cuyo importe sea inferior al 10% del montante total del crédito. Se trata de un baremo de carácter objetivo que busca que un crédito de pequeña cuantía en relación con el total de la operación no pueda impedir que la obligación se lleve a cabo.

Resulta además necesario que el prestatario informe al prestamista cuando la financiación de la compra vaya a realizarla mediante la solicitud de varios préstamos, y éstos superen en todo caso el 10% del montante total del crédito⁹⁴.

Pero uno de los mayores problemas que suscita, a nuestro juicio, el artículo 312-12 deviene por el período de cuatro meses, como mínimo, de que dispone el comprador para hacer realmente efectivo el préstamo. Si lo ponemos en relación con el artículo 312-10, que dispone que la vigencia de la oferta del contrato de préstamo tendrá una validez de treinta días⁹⁵, nos encontramos con el hecho de que, si un comprador apura al máximo todos los plazos, puede disponer de una oferta de préstamo válida durante

⁹² El montante máximo de estos gastos está fijado en el 0'75% del total de la cantidad acordada en el préstamo, pero tiene otro tope, ya que no puede exceder de 150 €. Recogido en el artículo R312-1-1 de la parte reglamentaria del Code de la Consommation, redactado por el artículo 1 del Decreto n.º 2012-609, de 30 de abril de 2012.

⁹³ Artículo 312-13 del Code de la Consommation: «*Cuando el prestatario informa a sus prestamistas que utiliza varios préstamos para la misma operación, cada préstamo queda sujeto a la condición suspensiva de la concesión del resto de los préstamos. Esta disposición sólo se aplica a los préstamos cuyo importe supere el 10% del crédito total.*» («*Lorsque l'emprunteur informe ses prêteurs qu'il recourt à plusieurs prêts pour la même opération, chaque prêt est conclu sous la condition suspensive de l'octroi de chacun des autres prêts. Cette disposition ne s'applique qu'aux prêts dont le montant est supérieur à 10% du crédit total.*»).

⁹⁴ Además, cada préstamo debe cumplir con la condición de ser concedidos de manera habitual a las personas físicas o jurídicas y, también, no ser préstamos concedidos para fines profesionales.

⁹⁵ El artículo 312-10 señala que la duración de la oferta será de un mínimo treinta días. Es decir, que nada impide, al igual que en el artículo 312-12, que las partes alcancen un acuerdo por el cual la vigencia de la oferta sea mayor. Esto implicaría, pues, que el período mínimo legal del cual puede hacer uso un prestamista de la oferta realizada por la entidad de crédito queda marcado en cinco meses –el mes mínimo de la oferta inicial, y los cuatro meses del período de no conclusión–.

un período de al menos cinco meses –y eso aunque las partes no acordaran ampliar el período de la condición resolutoria previsto legalmente–.

En ese período de tiempo, y más con la fluctuación que sufre el mercado inmobiliario, una oferta puede ser muy beneficiosa para el comprador o muy negativa para sus intereses. En cualquier caso, no será un gran problema para él, dado que es la única de las dos partes que tiene la capacidad decisoria sobre la operación, puesto que si no concluye la compraventa de la vivienda no surte efectos el contrato de préstamo.

Como veremos más adelante, en el supuesto del artículo 312-16 sí existe un mecanismo para deducir la mala fe, pero no es posible aplicarlo al 312-12, dado que el hecho de no llegar a un acuerdo para la compra de una vivienda, –por el motivo que sea menester, pueden no estar de acuerdo en el precio, no encontrar una vivienda que se adapte a sus gustos subjetivos...–. no puede ser regulado como mala fe mediante ningún supuesto.

Esto puede ser muy gravoso para la entidad financiera, que se encuentra en una situación de desventaja y tendrá que aceptar celebrar, llegado el caso, una operación de préstamo ofertada hace cinco meses y cuyas condiciones se encuentran en el momento de producir efectos fuera de la situación del mercado al momento de cerrar el acuerdo de compraventa de la vivienda. Apurar al máximo los plazos por parte del consumidor es algo que contempla la normativa, y una posibilidad de la que puede disponer el comprador perfectamente, pues ya hemos visto que el contrato opera con efectos retroactivos, pero la ventaja operativa con que el consumidor cuenta es totalmente real⁹⁶.

Lo señala Manara⁹⁷, refiriéndose en los siguientes términos al derecho de consumo, «*por sus fundamentos, el derecho de consumo es una fuente potencial de abuso, que puede comprobarse peligrosa para su economía*».

⁹⁶ De hecho, algún autor ha llegado a plantearse, sin dudar de la legalidad de la opción, el problema ético que puede derivarse realmente del hecho de disponer de semejante *ventaja* a la hora de negociar. Al hilo de esto, resulta interesante el artículo de PICOD, Y. (1990). «La clause résolutoire et la règle morale», *JCP*, Ed. G, n.º 20, t. I, artículo 3447.

⁹⁷ MANARA, C. (1998). «L'abus par le consommateur de son droit». *Petites affiches*, 18 mai 1998, n.º 59, p. 5. El autor señalaba que, basándose en la vulnerabilidad del comprador, el legislador lo considera inferior al vendedor en todo caso, ignorando la posibilidad del comprador astuto y perfecto conocedor del régimen favorable para su posición que regula la normativa. El autor no se refería específicamente al caso tratado en este trabajo, sino que hablaba de modo genérico de cualquier situación que se producía cuando un consumidor particular y un vendedor entraban en negociación para la compraventa de cualquier tipo de objeto.

2. EL ARTÍCULO 312-16 DEL CODE DE LA CONSOMMATION. LA CONDICIÓN SUSPENSIVA EN EL SUPUESTO DE NO OBTENCIÓN DEL PRÉSTAMO

Hemos analizado anteriormente el supuesto del artículo 312-12 del Code de la Consommation, donde el comprador había conseguido la concesión del préstamo con garantía hipotecaria, pero necesitaba para cerrar el negocio adquirir una vivienda. El 312-16⁹⁸ regula el caso contrario, ahora nos encontramos frente a un adquirente que ya ha negociado la compra de una vivienda, pero carece todavía de la financiación necesaria para el pago de la misma.

La redacción del artículo 312-16 establece lo siguiente: «Cuando la escritura mencionada en el artículo 312-15 indique que el precio será pagado, directa o indirectamente, incluso parcialmente, con la ayuda de uno o más préstamos regulados por las secciones 1 a 3 y la sección 5 del presente capítulo, la escritura se concluye bajo la condición suspensiva de la obtención del o de los préstamos solicitados para su financiación. La duración de la validez de esta condición suspensiva no podrá ser inferior a un mes a contabilizar desde la fecha de la firma de la escritura o, en el caso de un contrato privado, bajo la pena de nulidad del trámite del registro, a contar desde la fecha de este último. Cuando la condición suspensiva del primer párrafo del presente artículo no se realice, toda cantidad avanzada por el comprador a la otra parte o por la cuenta de este último es inmediata e íntegramente reembolsable sin penalización ni indemnización. Desde el décimoquinto día siguiente a la demanda de reembolso, esta suma produce intereses al tipo legal del dinero incrementado en un medio»⁹⁹.

El artículo 312-15, al que hace referencia el 312-16, nos indica: «El contrato escrito en el que se incluyan la promesa unilateral de venta aceptada y el contrato preliminar previsto en el artículo 261-15 del code de la construction et de l'habitation, cuyo objetivo es cons-

⁹⁸ La sanción por el incumplimiento del artículo 312-16 está recogida en el artículo 312-35, de modo muy escueto, indicando que la pena será de 30.000 € por el incumplimiento de las disposiciones recogidas en el 312-16.

⁹⁹ «Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 312-15 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 et la section 5 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. La durée de validité de cette condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement. Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa du présent article n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit. A compter du quinzième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié».

tatar una de las operaciones mencionadas en el artículo 312-2, indicará si el precio se paga directa o indirectamente, bien en parte, con o sin uno o más préstamos regulados por las secciones 1 a 3 de este capítulo» 100.

Conviene recordar, antes de continuar, que tanto el artículo 312-15 como el 312-16 del Code de la Consommation están recogidos en la Sección cuarta, que se refiere al contrato principal. En la tercera vienen regulados los contratos de crédito, que son parte del objeto de estudio de este trabajo, así que forman parte del campo de aplicación que nos interesa.

a) La necesidad de la obtención del préstamo

El carácter de la condición suspensiva es, en principio, imperativo. Las partes no pueden elegir libremente si será o no de aplicación. La justificación de este principio viene dada por el propio Tribunal Supremo, que indicó que «tiende a evitar que el prestatario se encuentre comprometido sin estar seguro de disponer de los fondos necesarios para la realización de la operación inmobiliaria proyectada»¹⁰¹.

No obstante, puede perder su carácter imperativo en algunos casos. Esta excepción es posible únicamente en los supuestos regulados en el artículo 312-17¹⁰², que establece que puede indicarse en el contrato que el precio de la vivienda será pagado sin la

¹⁰⁰ «L'acte écrit, y compris la promesse unilatérale de vente acceptée et le contrat préliminaire prévu à l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation, ayant pour objet de constater l'une des opérations mentionnées à l'article L. 312-2, doit indiquer si le prix sera payé directement ou indirectement, même en partie, avec ou sans l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 du présent chapitre».

¹⁰¹ Cass. Crim., 27 mai 1986, JCP, IV, p. 228. «L'article 17 de la loi du 13 juillet 1979 relatif à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, tend à éviter que l'emprunteur se trouve engagé tant qu'il n'a pas l'assurance de disposer des fonds nécessaires à la réalisation de l'opération immobilière projetée». El señor Verhaeghe, demandado en este caso, no consiguió en el plazo estipulado en el contrato un préstamo, necesario para poder financiar la vivienda que quería comprar. El vendedor, profesional del sector, solicitaba que se respetara el contrato y se procediera a la realización de la compraventa. El Tribunal consideró que el hecho de no obtener un préstamo en el plazo convenido implicaba que debía considerarse que el acuerdo nunca se había concluido, y que los anticipos pagados por el comprador al vendedor debían ser devueltos. El Tribunal señalaba, además, que los términos de un contrato no pueden ir contra las disposiciones de orden público.

¹⁰² Artículo 312-17 del Code de la Consommation: «Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 312-15 indique que le prix sera payé sans l'aide d'un ou plusieurs prêts, cet acte doit porter, de la main de l'acquéreur, une mention par laquelle celui-ci reconnaît avoir été informé que s'il recourt néanmoins à un prêt il ne peut se prévaloir du présent chapitre. En l'absence de l'indication prescrite à l'article L. 312-15 ou si la mention exigée au premier alinéa du présent article manque ou n'est pas de la main de l'acquéreur et si un prêt est néanmoins demandé, le contrat est considéré comme conclu sous la condition suspensive prévue à l'article L. 312-16».

ayuda de ningún tipo de financiación, algo que debe realizarse de forma manuscrita.

Así, si posteriormente el comprador debe recurrir a un préstamo, éste no entrará dentro del campo de aplicación del 312-16. Es decir, que el comprador no podrá aducir que le resultó imposible conseguir un crédito para esquivar la eficacia del contrato de compra. Y es que dicha mención implica la renuncia del adquirente a servirse de un préstamo para pagar la vivienda. Es importante el hecho de la realización de modo manuscrito de esta medida, puesto que de lo contrario no será válida y, si finalmente el comprador precisa recurrir a un préstamo, le será de plena aplicación el artículo 312-16.

Cuestión distinta es si las partes deben o no precisar en el contrato de compraventa que la operación queda sometida a la consecución de algún préstamo o varios. Se entiende que, aunque las partes no hayan previsto ni indicado nada en el contrato, el comprador debe recurrir a la obtención de un préstamo para poder hacer frente al pago¹⁰³. De hecho, esto es perfectamente lógico y coherente con lo indicado por el artículo 312-17, puesto que especifica que deberán ser las partes las que indiquen que no se precisa financiación alguna para hacer frente a la compra de la vivienda y que, por tanto, no resulta necesaria la solicitud de ningún préstamo.

Una diferencia importante que debe señalarse respecto del supuesto contemplado en el artículo 312-12 es la que se produce cuando se solicitan varios créditos para la compra de una vivienda. En el caso del artículo 312-16 –y al no señalar éste la diferenciación en caso de pedir varios créditos entre el montante total de la operación que representa cada uno de ellos–, no es de aplicación lo recogido en el artículo 312-13. Es decir, la posibilidad de que se solicite un crédito de menos del 10% del montante total, y que no afecte a la operación de compraventa de vivienda, no existe.

En el supuesto del artículo 312-16 es irrelevante la importancia de cada uno de los préstamos. Si se han solicitado varios préstamos, todos deben ser concedidos para poder realizar la compra de la vivienda¹⁰⁴. Cada préstamo queda, en este caso, sujeto a la con-

¹⁰³ DAGOT, M. (1980). «Vente d'immeuble et protection de l'acquéreur-emprunteur (Loi du 13 juillet 1979)». *JCP*, artículo 2973. Llega a la misma conclusión COLLART DUTILLEUL, F. (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, p. 96. Sin embargo, este autor lo traduce directamente como una medida que conlleva la sobreprotección del adquirente, dado que éste no queda sometido a facilitar ninguna medida de información, lo que no resulta justo para el vendedor.

¹⁰⁴ Cass. Civ. 1^{re}, R., 6 enero 1993; Matrimonio Vidal contra Sté, en nombre del colectivo Maison Phénix, recurso c. Rouen 26 septiembre 1989. Los compradores solicitaron más de un crédito para hacer frente a la financiación de la vivienda que habían adquirido bajo la condición suspensiva de la obtención de un préstamo o varios. El importe total de uno de ellos, cuya concesión fue rechazada por parte de la entidad financiera, no alcanzaba el 10% del importe total de la operación de compra.

dición suspensiva de la concesión del resto, como refleja de modo unánime la doctrina¹⁰⁵.

Así pues, los efectos del contrato sometido a la condición serán suspendidos hasta el cumplimiento de esa condición necesaria, la obtención del préstamo. Debemos, por tanto, en el artículo 312-16, considerar dos casos:

a) De una parte, que el préstamo se conceda al comprador en el plazo fijado en el contrato principal, en cuyo caso el contrato de venta se considera perfeccionado con carácter retroactivo.

b) La otra opción es que la condición no llegue a cumplirse, es decir, que el préstamo no se conceda en el tiempo acordado. De este modo, el contrato de compraventa queda resuelto, destruido. En este último supuesto, se considera que el contrato nunca ha existido, quedando el comprador exento de cualquier obligación frente al vendedor.

La consecuencia en el primer supuesto es clara, el comprador adquiere su vivienda y se sitúa en posición de deudor con la entidad financiera, constando la operación de compraventa desde el día que se perfeccionó el contrato.

Por otro lado, si finalizado el mes –o el período superior de tiempo que las partes hayan convenido, cuyo mínimo será un mes–, no se ha cumplido la condición, el vendedor deberá reintegrar al comprador cualquier cantidad adelantada por éste último en concepto de la adquisición de la vivienda y, como señala el artículo, el vendedor deberá pagar intereses por esta cantidad a partir del décimoquinto día desde que se le solicitó la devolución del dinero¹⁰⁶.

Se señaló por parte del Tribunal que el artículo 17 de la Ley de 13 de julio de 1979 (actual artículo 312-16), no hacía ninguna distinción entre los préstamos por valor de más o menos del 10% del crédito total y que, como consecuencia, la importancia relativa del préstamo adicional con respecto al principal no debía ser tomada en cuenta cuando la proporción no fue adoptada al igual que en el artículo 10 de la misma ley (actual artículo 312-13). Así, concluía el Tribunal que cabía la aplicación de la regla de que, en los casos de préstamos múltiples, cada uno de los mismos queda sujeto a la condición suspensiva de la obtención del otro, independiente en este caso del importe de cada uno de ellos.

¹⁰⁵ CALAIS-AULOY, J. / STEINMETZ, F. (1996). *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, p. 385.

COLLART DUTILLEUL, F. / DELEVEQUE, P. (1991). *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, p. 815.

¹⁰⁶ Dicha solución se adoptó a partir de la Respuesta Ministerial («*Réponse Ministérielle*») escrita n.º 40844, JO AN, 13 abril 1981. Esta Respuesta Ministerial establecía que si un préstamo no se obtenía dentro del período de tiempo establecido en el contrato principal, cualquiera que fuera su cuantía, ya fuera igual o inferior al 10% del monto total, el contrato de adquisición de un bien inmueble o precontrato finalizaba de modo automático. El vendedor debía restituir las cantidades adelantadas por el comprador en su totalidad, y de forma gratuita dentro de los primeros catorce días –esto es, sin intereses a favor del comprador–.

b) La posible existencia de mala fe

Como también ocurría en el supuesto del artículo 312-12, la posibilidad de que se cumpla la condición resulta la más problemática. Eso sí, a diferencia de lo que sucede en el artículo 312-12 del Code de la Consommation, en esta ocasión sí existe un mecanismo establecido para dilucidar la mala fe del comprador o poder considerar que no se produjo. Al igual que en Derecho español, el legislador francés exige la buena fe de las partes a la hora de proceder a la negociación de un contrato, desde el mismo momento en que se inician los contactos¹⁰⁷. Este principio presenta, además, un doble aspecto, ya que implica lealtad y cooperación entre las partes¹⁰⁸.

El artículo 1178 del Code Civil¹⁰⁹ se refiere a la mala fe, al establecer que si el fracaso de la condición se debe a la mala fe de una de las partes, dicha condición se considera realizada, de forma que el contrato podrá así producir todos sus efectos. El artículo exige que se impida el cumplimiento de la condición, que se produzca una imposibilidad real de la condición. No es suficiente con

¹⁰⁷ El artículo 1134 del Code Civil, en su tercer párrafo, recoge la necesidad de que los contratos deben celebrarse de buena fe. La buena fe constituye una norma de comportamiento impuesta por la ley, que no se puede derogar por las partes en ningún momento.

No obstante, por contra de lo que el Code Civil parece indicar, la buena fe no es sólo un requisito necesario en la fase de ejecución en Francia. Este principio se impone en los inicios de las conversaciones, así como también en las obligaciones principales y accesorias, al igual que en todos los instantes de la relación contractual, incluido el período de preaviso.

Entre la jurisprudencia, en este sentido, encontramos la Sentencia Cass. Com., 12 févr. 2002, n.º 00-11602, *Bull. Civ.* IV, n.º 32. Caso que enfrentaba a M Darrès y otro contra la Société Locam y otro. La Sentencia dirimía dos controversias distintas, la primera respecto a la capacidad de gerencia de los socios de una sociedad limitada tras la dimisión de uno de ellos y, por otro lado y el asunto que resulta más interesante para nuestro trabajo, la concurrencia de competencia desleal. La Sentencia analizaba si el anterior socio, el señor Darrès, había actuado de mala fe, puesto que había creado otra compañía dedicada al mismo negocio y continuaba utilizando en los folletos de publicidad su nombre patronímico, algo que también realizaba con la anterior compañía. El Tribunal entendió que existía mala fe y que, además, no era necesario la utilización del nombre patronímico. Para ampliar sobre la materia, puede consultarse el trabajo de MESTRE, J./FAGES, B. (2005). «L'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels», *RTD civ.*, 2005, p. 776.

¹⁰⁸ Como indica FAGES, B. (2007). *Droit des obligations*, Paris, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, p. 252. La lealtad se define de modo negativo, ya que supone abstenerse de realizar ciertas actitudes manifiestamente desleales, atendiendo a la confianza legítima de la otra parte. Respecto de la cooperación, se entiende que las partes tenderán a cooperar en pos de la buena ejecución del contrato, de modo que deberán informarse, facilitar la ejecución de las prestaciones de la otra parte, superar las dificultades y estar en disposición de renegociar el contrato en caso de cambio radical imprevisto o del equilibrio económico. Se puede incluir un tercer aspecto en la buena fe, como son los límites establecidos por la jurisprudencia, dado que el Tribunal Supremo se ha esforzado por limitar la acción de la buena fe dentro de los límites justos.

¹⁰⁹ Artículo 1178 del Code Civil: «La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement».

que el deudor haya manifestado su intención de impedir la producción de la condición¹¹⁰.

Dentro del supuesto en que nos encontramos, ambas partes pueden actuar de mala fe, pero las consecuencias serán muy distintas.

La mala fe del vendedor consistirá en no cumplir su palabra y vender la vivienda a otra persona. En tal supuesto, la solución deviene muy semejante al Derecho español, recogida en el artículo 1473 del Código Civil¹¹¹.

No obstante, el hecho de que el vendedor termine por vender la vivienda a un tercero, en detrimento del comprador inicial con el que alcanzó un acuerdo hasta que lograrse financiación, no implica automáticamente que el vendedor haya obrado contrario a la ley. Este supuesto enlaza con la posibilidad que tiene el adquirente de especificar que no precisará la obtención de un crédito para comprar la vivienda.

Habitualmente, la importancia de esta cláusula queda reducida a la solicitud o no de un crédito. Pero puede ir más allá, dado que la paciencia del vendedor, como es lógico, no será infinita. Quien estas líneas suscribe no ha encontrado pronunciamiento alguno respecto del tiempo que el vendedor debe esperar antes de poder exigir al comprador que haga efectiva la compra en el supuesto de que este último haya afirmado que no precisa solicitar un crédito.

¹¹⁰ Cass. Civ. 1re, 2 junio 1993, Conan contra Van Duijn; *JCP* 93, éd. G, IV, 1910, p. 231. Ver nota 64.

¹¹¹ Artículo 1473 del Código Civil: «*Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.*

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

Como ejemplos de este supuesto, encontramos en la jurisprudencia española, como más reciente, la Sentencia del Tribunal Supremo 3524/2013 (Cendoj 28079120012013100545), de 18 de junio de 2013. El señor Mariano acordó la compraventa de una vivienda con el señor Jorge, acusado en este procedimiento y vendedor particular que fue representado en la operación por mediación de la Inmobiliaria Lomar de Huércal, con fecha 30 de diciembre de 2005. Ése mismo día, el señor Jorge aceptó el contrato celebrado en su nombre y percibió los 12.000 euros entregados a cuenta por el comprador. El otorgamiento de la escritura pública quedó fijado, como máximo, para el día 28 de marzo de 2006.

Mediante escritura pública, con fecha de 10 de febrero de 2006, el señor Jorge vendió a unos terceros la finca acordada con el señor Mariano, concretamente a la entidad «Hierros y Aceros de Alborán, S. L.», cuyos socios y administradores son los señores Ovidio y Rafael, también acusados en este proceso. El 10 de noviembre de 2006, los señores Ovidio y Rafael vendieron la finca a un nuevo comprador, y acordaron con el señor Mariano la devolución de los 12.000 euros que el último había adelantado a don Jorge, aunque no entregaron a don Mariano el dinero.

Don Jorge, don Ovidio y don Rafael fueron condenados a pena de prisión de un año, medidas accesorias y a la devolución de los 12.000 euros a don Mariano, más los intereses pertinentes devengados desde el 28 de marzo de 2006, sin que la cifra pudiera exceder de 48.000 euros.

Sólo don Jorge recurrió en casación la sentencia, cuyo recurso fue rechazado.

Utilizando la analogía, podemos establecer que ese período de tiempo será de un mes, que es el período del que disponen los compradores que sí necesiten solicitar un préstamo, y que por tanto deberán realizar un mayor número de gestiones para conseguir la financiación –si bien las partes siempre pueden acordar un período mayor–. Así, si transcurrido ese mes el comprador no ha procedido al cumplimiento de su obligación, después de haber hecho constar en el contrato de compra que no necesitaba crédito alguno, el comprador podrá exigir el cumplimiento de esa cláusula¹¹². Normalmente, la condición para la obtención del crédito está diseñada sólo para beneficiar al comprador, pero tarde o temprano puede ser invocada por el vendedor¹¹³.

Más habitual es, sin embargo, el supuesto contrario, el hecho de que quien actúe de mala fe sea el comprador. No olvidemos el caso que estamos estudiando, el comprador adquiere una vivienda, pero la eficacia del contrato depende del cumplimiento de una condición que, en nuestro supuesto, es la consecución de uno o varios préstamos para financiar la compra de la vivienda.

Debe especificarse, pues, qué se entiende en este caso por mala fe. Esto será, por ejemplo, no realizar los pasos pertinentes encaminados a conseguir financiación para llevar a cabo la adquisición de la vivienda. Cuando el comprador no es capaz de acreditar haber intentado la consecución de un préstamo en la entidad de crédito designada en el contrato –o en cualquiera si no está estipulada en el

¹¹² La doctrina francesa adopta una solución similar para un supuesto distinto. Los autores analizan la situación de un adquirente que no especificó nada respecto del crédito en el contrato, de modo que se entendió que solicitaría un crédito para financiar la vivienda. Este comprador, posteriormente, cambió de opinión y quería renunciar a la protección de la condición de obtención del préstamo. La doctrina contempla la posibilidad de que el comprador haya adelantado alguna cantidad económica a un tercero por la compra de la vivienda –apoderado, notario...–, pero que finalmente se cumpla la condición suspensiva y dicha cantidad deba ser devuelta. La devolución debe ser inmediata en cualquier caso, pero en ocasiones puede ser el propio comprador quien se niegue a percibir la restitución económica, porque su intención continúa siendo la de adquirir la vivienda, pero renunciando a la protección que le ofrece el artículo 312-16. Por su parte, lo que el vendedor perseguirá será liberarse del contrato y poder vender su vivienda a otro comprador. La obligación de devolución de la cantidad económica adelantada se produce en todos los supuestos, aunque se niegue el adquirente, puesto que se entiende que el administrador no tiene ningún derecho de retención. El período que se considera justo para dilucidar si el comprador puede finalmente pagar o no la vivienda es de un mes. Es decir, se mantiene el plazo general. En este sentido, DAGOT, M. (1980). «Vente d'immeuble et protection de l'acquéreur-emprunteur (Loi du 13 juillet 1979)», *JCP, S/JG*. –I. –9., artículo 2973. El Tribunal Supremo concluyó que el notario que retiene estas cantidades económicas debe hacer frente a la pena indicada en la normativa, pero que puede conservar su cargo. Cass. Civ. 3^e, 27 avril 1976: *Bull. Civ.* n.º 177, IV, p. 206.

¹¹³ GOUBEAUX, G. (1979). «Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif d'une des parties», *Rép. Not. Defrénois*, 1979, p. 753, artículo 31987. El autor señala la necesidad de especificar en la redacción de la cláusula si el comprador puede o no puede renunciar a la protección. De ahí, también, la necesidad de aclarar cuál es exactamente el acto sujeto a la condición.

mismo—. se entiende que actúa de mala fe al impedir deliberadamente el cumplimiento de la condición¹¹⁴.

Pero, en el supuesto de haber realizado los pasos necesarios para conseguir financiación, también puede incurrirse en mala fe. Un consumidor podría incurrir en mala fe si no entregase la información económica necesaria a la entidad de crédito, la ofreciera falsa o retirase la documentación necesaria¹¹⁵. Así, en función del artículo 1178 del Code Civil, la consecuencia de esta actuación de mala fe por parte del comprador supone considerar la condición como cumplida y, por tanto, que el contrato de compraventa deba cumplirse.

c) ¿Cuándo se entiende que se ha podido obtener un crédito?

La necesidad de la obtención de un crédito es evidente en la compraventa de una vivienda, pues la gran mayoría de los consumidores no podrán hacer frente a su adquisición si no consiguen financiación. El período de tiempo para obtenerlo, no lo olvide-

¹¹⁴ Cass. Civ. I, 13 novembre 1997, Bull n.º 310. Caso que enfrentaba a la Société Voitey et Roiena contra el señor Gabizon. La société Voitey-Roiena se había comprometido, mediante escritura, a vender un apartamento al señor Gabizon. El contrato incluía la condición suspensiva de la obtención de un préstamo, con la entidad financiera de su elección, y cuyas características quedaban definidas en el contrato –préstamo de 550.000 francos y tasa de interés máxima del 13% anual—. En el caso en cuestión, la controversia radica en el hecho de que el comprador no acepta el préstamo que finalmente le propone la entidad financiera. El Tribunal apunta que el comprador no puede demostrar que solicitase el crédito especificado en el contrato. Así, considera que, a menos que fuera capaz de demostrar la petición del crédito en los términos establecidos en el contrato de compraventa, la condición debe considerarse cumplida mediante la aplicación del artículo 1178 del Code Civil. Como estableció el Tribunal que conoció del asunto en primer lugar, y ratifica esta Sentencia, en ningún momento el comprador pudo probar haber solicitado el crédito necesario para la financiación de la vivienda, de tal modo que puede suponerse que, simplemente, el comprador había impedido el cumplimiento de la condición. De este modo, se considera cumplida la condición, y se procede a la perfección del contrato de compraventa.

Como señala, por su parte, la Sentencia CA Versailles, 1.ª, 2.ª sección, 4 de febrero de 2003 (RG n.º 01/06522): «*Le corresponde al comprador bajo la condición suspensiva de la obtención de uno o más préstamos probar los procedimientos concretos, completos y justos que ha realizado para obtener los préstamos*». («*Il incombe à l'acquéreur sous condition suspensive de l'obtention d'un ou plusieurs prêts de rapporter la preuve des diligences concrètes, complètes et loyales qu'il a accomplies en vue de l'obtention de ces prêts*»).

¹¹⁵ Cass. Civ. III, 4 février 1987, JCP ed. G, 1987, IV, p. 118. El matrimonio Collin firmó un contrato de compraventa de una casa en construcción, bajo la condición suspensiva de la obtención de un préstamo bancario. En un primer momento, la entidad financiera rechazó la concesión del préstamo al matrimonio. Posteriormente, revisaron el expediente y concedieron el préstamo en los términos solicitados inicialmente, pero los potenciales compradores ya habían retirado la documentación pertinente. Dado que la documentación estuvo en poder de la entidad financiera hasta la respuesta negativa que dieron al matrimonio en un primer momento, el Tribunal entendió que los compradores no habían infringido norma alguna. Sólo habrían incurrido en mala fe en caso de retirar la documentación antes de la primera respuesta de la entidad financiera.

mos, varía desde los cuatro meses que establece la normativa, hasta el que acuerden las partes.

Una cuestión importante es, sin lugar a dudas, dilucidar cuándo se entiende que se ha podido obtener un crédito. El Tribunal Supremo se pronunció a este respecto, decantándose por la opción de entender como obtención del crédito la tesis de la remisión de la oferta¹¹⁶, frente a la posición doctrinal contraria que entendía que sólo se obtenía el crédito cuando el adquirente aceptaba la oferta remitida¹¹⁷, no cuando se producía la simple recepción de la oferta. El Tribunal entendió que, de circunscribirse la obtención a esta última posibilidad, el comprador tendría siempre la potestad unilateral de decidir sobre la perfección o no del contrato¹¹⁸. Así, tan

¹¹⁶ Cass. Civ. 9 décembre 1992. Enfrentaba a la Société Espace Conseil Immobilier contra la señora Billot. Las partes habían firmado un contrato por el cual la señora Billot y el señor Manfredi adquirirían una vivienda, pero la perfección del contrato quedaba sometida a la condición suspensiva de la obtención de un crédito. La señora Billot rechazó una oferta de concesión de crédito que le realizó el banco UCB, y alegó que no podía conseguir el dinero para financiar la compra, de modo que la condición suspensiva implicaba que el contrato de compraventa no derivaba obligación alguna y no existía. El 16 de enero de 1991, la Corte de Apelación de París emitió sentencia en su favor, entendiendo que debía aceptarse la oferta para considerarse que se había producido la obtención de un crédito. Posteriormente, el Tribunal de Casación, en sentencia de 9 de diciembre de 1992, anuló dicha sentencia, haciendo primar la teoría de que la obtención del crédito se consideraba realizada cuando la entidad financiera presentó su oferta a la señora Billot, dado que dicha oferta entraba dentro de los términos del artículo 5 de la Ley de 13 de julio de 1979 –la vigente en aquel momento–, y que se correspondía con la voluntad emitida en un principio por la señora Billot. Sobre todo ello, vid. COLLART DUTILLEUL, F. (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*. Paris: Sirey, p. 97. El autor denunciaba que, a su juicio, la jurisprudencia no conseguía ofrecer una respuesta clara a la cuestión de cuándo se consideraba o no aceptado el crédito. La jurisprudencia posterior tampoco terminó de aclarar el concepto, dando lugar a numerosos comentarios aclaratorios de algunos autores a las sentencias. En el caso de la Sentencia referenciada, puede consultarse a este respecto JCP, 1993, éd. G, n.º 31, 22106, p. 322 y ss., note Gourio.

¹¹⁷ En este sentido, COLLART DUTILLEUL, F. (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, p. 99. Para el autor, el criterio de la aceptación de la oferta por la mera recepción implica varios problemas. Destaca fundamentalmente dos. El primero sería el hecho de que, una vez aceptada la oferta de crédito presentada por la entidad, y aceptada por tanto por el comprador según la teoría de la recepción de la misma, el consumidor puede no ser validado por la compañía de seguros (el artículo 312-9 permite al prestamista proponer al comprador la adhesión a un contrato de seguro, con la finalidad de garantizar su reembolso total o parcial si ocurriera alguno de los supuestos contemplados en dicho seguro). Este supuesto implica la resolución del préstamo, operando retroactivamente. Supone, por tanto, la destrucción de la oferta de préstamo, que implica también el fracaso de la condición estipulada en el contrato de compraventa de la vivienda, de forma que la adquisición de la vivienda no se produce. El segundo problema que destaca el autor resulta más difícil de superar, puesto que considera que el adquirente-prestatario se sentirá obligado a aceptar la oferta presentada por la entidad financiera para no perder el depósito de garantía otorgado.

¹¹⁸ Esta posibilidad unilateral de decisión final sobre la perfección o no del contrato que busca evitar con su pronunciamiento el Tribunal Supremo no encuentra ninguna medida similar en el artículo 312-12, anteriormente analizado. Y es que, en el supuesto del 312-12, es decir, cuando se dispone de financiación pero el consumidor está buscando la vivienda a adquirir, nos encontramos frente a un problema distinto. Cuando un comprador está buscando una casa, puede ofrecer toda la información pertinente al agente inmobiliario que se encargue del asunto, y éste último encontrarle una vivienda que cumpla a la

pronto como la oferta de préstamo concedida por la entidad financiera se corresponde con las características de financiación de la operación solicitada por el consumidor, la condición suspensiva se reputa cumplida¹¹⁹.

La postura del Tribunal Supremo en este punto resulta contradictoria con el principio del período de reflexión de diez días previsto en el artículo 312-10 del Code de la Consommation. Y es que, en efecto, al aceptar la realización de la condición suspensiva del artículo 312-16 desde la recepción de la oferta, el propio Tribunal Supremo impide de esta forma al consumidor elegir libremente en este período de reflexión, puesto que tiene que aceptar la proposición de la entidad financiera bajo pena de perder el anticipo en el momento de la firma del contrato de venta¹²⁰.

Tampoco existe la obligación de aceptación en cualquier caso por parte del comprador por el simple hecho de que la entidad financiera le presente una oferta en los términos inicialmente planteados, si bien resulta necesario que el rechazo por parte del consumidor se produzca por un motivo justificado. El solicitante puede darse cuenta de haber cometido algún error en sus cálculos o previsiones y no estar en disposición de devolver después el crédito concedido. Encontramos jurisprudencia que trata esta excepción¹²¹.

Por otra parte, la falta de perfección del contrato de crédito por parte del deudor de buena fe no excluye la aplicación de la cláusula resolutoria. Por ejemplo, se entiende que no realiza la condición el consumidor que fue enviado a otros bancos –porque el primero renunció a concederle el crédito– sin poder justificar su respuesta en el plazo acordado, puesto que dicho consumidor no habría hecho

perfección con las características especificadas por el comprador. Sin embargo, en dicha situación, debido al carácter objetivo que supone la conformidad o no con una vivienda, no puede entenderse de ningún modo que se ha aceptado oferta alguna.

¹¹⁹ Algunos autores consideran que esta posición es errónea, dado que sólo puede corresponder al consumidor considerar si la oferta satisface o no sus necesidades y es acorde a lo que negoció con la entidad financiera. La existencia, por otra parte, de una cláusula que obligue al consumidor a aceptar cualquier oferta de préstamo debe ser considerada abusiva y tenerse por no escrita, dado que será contraria a las disposiciones de orden público. En este sentido, COLLART DUTILLEUL, F. (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, p. 102.

¹²⁰ Varios autores se han mostrado a favor de esta interpretación de incompatibilidad con el período de reflexión de diez días, entre ellos, TRUC-HERMEL, J. (2011). «La protection du consommateur», <http://www.particulier.jurispilote.fr/2011/10/la-protection-du-consommateur.html>, consultado el 19/11/13.

¹²¹ CA, Paris, 19 novembre 1986, Pal 1987 I Som., p. 143. En este caso, el solicitante del crédito, después de negociar con la entidad financiera y que ésta le hubiera enviado una oferta adecuada a los términos inicialmente convenidos, de modo verbal, por las partes, rechazó aceptar el crédito. El Tribunal entendió que la acreditación por parte del consumidor del hecho de carecer de recursos para poder devolver el crédito era un motivo serio para negarse a aceptar la propuesta de préstamo. Por lo tanto, se consideró por parte del Tribunal que dicha negativa suponía que la condición del contrato de compraventa de vivienda no se cumplía y dicho contrato se terminaba por tanto automáticamente.

nada malo y, por tanto, no podría ser acusado de incumplimiento de los plazos suspensivos¹²².

La culpa del comprador es, además, más que cuestionable cuando la condición fracasa como resultado de la negativa de la entidad crediticia a concederle el crédito debido a que considere que la garantía ofrecida o la capacidad de pago resultan insuficientes. Resulta complejo asimilar la culpa de un comprador con el argumento de haber sobreestimado su capacidad de reembolso, tal y como ha sostenido la jurisprudencia¹²³.

d) La importancia del período de vigencia de la condición

El período de tiempo de validez de la condición suspensiva viene estipulado por la normativa como un mínimo, establecido en un mes, y puede ser prolongado a decisión de las partes. La cues-

¹²² Cass. Civ. I, 17 juillet 1993, *Audijuris* n.º 35, p. 15. Caso que enfrentó a la Señora Tonnerre contra Gineste. El Tribunal consideró que la cláusula contractual por la cual, en caso de ausencia de respuesta de la entidad de crédito a la solicitud de concesión de un préstamo en el período acordado se considera que se le ha concedido el préstamo, era contraria a la Ley. El Tribunal consideró que, incluso con el sólo hecho de hablar con otras entidades financieras con la finalidad de obtener mejores condiciones en el préstamo, sin ser capaz de cerrar acuerdo alguno con ellas en el plazo fijado en el contrato, eximía al consumidor de responsabilidad y no se le podía acusar de incumplimiento contractual.

¹²³ Tribunal Grande Instance Rennes, 29 juin 1987. Se dirimía la cuestión de si el comprador había o no actuado de mala fe por el hecho de no haber conseguido la financiación necesaria para la compra de la vivienda en cuestión, dentro del período de tiempo establecido en el contrato. La sentencia afirma: «*Por hipótesis, es por esta razón —la sobreestimación de capacidad de reembolso por parte del solicitante— con la que más frecuencia los organismos de crédito rehúsan en último extremo, la falta de garantías reales, otorgar los créditos solicitados por los prestatarios audaces/arriesgados e inicialmente mal informados de las exigencias del préstamo; admitir esta «ligereza» como constitutiva de una falta no tendría en cuenta el objetivo de la ley de 1979 en la medida en que ninguno de los candidatos para el préstamo puede pretender saber desde el principio cuáles serán concretamente las exigencias del prestamista (...)*». («*Que par hypothèse, c'est bien pour ce motif que le plus souvent les organismes de crédit refusent en dernière analyse, faute de garanties réelles, d'octroyer les crédits sollicités par des emprunteurs audacieux et initialement mal informés des exigences du prêteur; qu'admettre cette «ligèreté» comme constitutive d'une faute serait méconnaître l'objectif de la loi de 1979 dans la mesure où aucun candidat à l'emprunt ne peut prétendre savoir dès le départ ce que seront concrètement les exigences du prêteur (...)*»).

La Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial busca, al establecer la necesidad de la educación financiera del consumidor, que el solicitante de crédito sea consciente desde un primer momento de su capacidad económica y de la posibilidad real que tendrá en el futuro de devolver el préstamo. Igualmente, también refleja la famosa y polémica necesidad de advertir al consumidor respecto de las consecuencias que se derivarían de un posible incumplimiento de sus obligaciones cuando el crédito esté garantizado por una hipoteca o por otra garantía comparable sobre bienes inmuebles de uso residencial. Medidas, ambas, que parecen buscar la exención de responsabilidad de la entidad financiera cuando el comprador deudor no haya podido cumplir con sus obligaciones. Da la impresión incluso de dejar en un segundo plano la necesidad de la entidad financiera de la correcta evaluación de la solvencia del cliente, obligación que viene recogida en la normativa española con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

ción es sencilla si las partes han especificado claramente en el contrato cuál es el período exacto que se concede al comprador para conseguir cumplir la condición. El problema fundamental respecto a esta cuestión deviene cuando las partes no han especificado cuál es la duración de la validez de la condición suspensiva.

El comprador bajo condición de obtención de un préstamo puede comprometerse por acuerdo entre las partes a solicitar el préstamo a una entidad financiera en particular, y también en un plazo determinado¹²⁴.

Los autores cuestionan la naturaleza contractual que reconoce a la responsabilidad el artículo 1178 del Code Civil¹²⁵.

La mayoría de la doctrina se inclinaba por una responsabilidad delictual¹²⁶. Estos autores consideraban que si la condición de la hipótesis no se cumplía, se consideraba que la venta jamás había tenido lugar, de modo que la desaparición del contrato excluía la responsabilidad de que pudiera ser contractual.

La posición actual de la jurisprudencia ha evolucionado y cambiado respecto de lo que afirmaban autores como Demolombe¹²⁷,

¹²⁴ Tal y como señala COLLART DUTILLEUT, F., (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, p. 101.

¹²⁵ Artículo 1178 del Code Civil establece lo siguiente: «*La condición se considerará cumplida cuando el deudor está obligado bajo esta condición, que impedía la finalización*». («*La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement*»).

¹²⁶ LAURENT, DEMOLOMBE, PLANIOL y RIPERT, entre otros, como señala COLLART DUTILLEUT, F., (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, p. 136.

¹²⁷ 22 novembre 1976, JCP.1978. II.18903, obs. Stemmer; *Rép. Defrénois* 1978, artículo 31788, n.º 43, obs. Aubert. El litigio enfrentó a los señores Cambus, que eran los vendedores, contra los señores Guillaume, compradores. El contrato firmado establecía la compra bajo la condición suspensiva de la obtención de un préstamo bancario en un período de tiempo determinado, sin perder el derecho de realizar la venta incluso en el caso de que el préstamo no les fuera concedido. El contrato establecía que, en el caso de que los compradores no consiguieran el crédito en el primer intento, éstos estaban obligados a seguir buscando la financiación necesaria para realizar la compra y conseguir el dinero preciso. En primera instancia, los jueces entendieron que el contrato establecía la obligatoriedad de que los compradores, en todo caso, obtuvieran un préstamo para poder adquirir la vivienda, una obligación que los vendedores aseguran que no querían incluir en el contrato. Los jueces, además, entendían que el contrato existía un compromiso firme de adquirir la vivienda, pero que éste era contradicho por la propia existencia de la condición suspensiva existente en el contrato, dejándolo a la arbitrariedad de los compradores. El Tribunal, además, destacó que la entidad financiera a la que debía pedirse el crédito estaba indeterminada, lo cual aumentaba todavía más la capacidad unilateral de decisión de los compradores. Sin embargo, el Tribunal entendió que los compradores gozaban, según el contrato, de capacidad unilateral de decisión respecto a si terminaba por cumplirse o no la condición suspensiva estipulada en el contrato, pero que ésta no terminaba de ser real. Y no era real porque no dependía únicamente de ellos la celebración o no del contrato en último término, puesto que intervenía un tercero en la decisión –la entidad financiera–. La decisión, pues, implicó que no surtiera efecto alguno la condición.

Es importante, también, destacar la fecha de esta Sentencia. El 22 de noviembre de 1976, fecha en que se produjo este pronunciamiento judicial, la normativa francesa de vinculación contractual todavía no había sido aprobada, si bien la tesis de Bernard Teyssie

considerando que si no se produce el cumplimiento de la condición por culpa de una de las partes, pero sin que medie la intención de esta parte, el fallo de esta condición no tiene ningún efecto retroactivo, como señala el artículo 1179 del Code Civil¹²⁸. El supuesto se produce, por ejemplo, en el momento en que los compradores solicitan financiación a una entidad de crédito pero no les es concedido dicho crédito, a pesar de realizar todos los pasos pertinentes para su consecución.

Ahora bien, ¿cuál es el período de vigencia de la condición si no se ha estipulado nada por las partes? La ley sólo establece el mínimo, de modo que resulta necesario que analicemos si es posible inferir de ella que automáticamente el período será de un mes. ¿Podemos entender que, si las partes no dicen nada, están aceptando tácitamente que la duración de la validez de la condición sea de un mes?

Una parte de la doctrina francesa parece responder afirmativamente a esta cuestión, aunque contestan a esta pregunta estableciendo una distinción. La doctrina admite, por un lado, que «*en el caso de que los contratantes inserten la condición, pero sin precisar la duración de su validez, el período de un mes se corresponderá con su voluntad implícita*»¹²⁹. De otro lado, esta misma corriente doctrinal afirma que si el contrato es ficticiamente reputado bajo la condición suspensiva, la ambigüedad de la ley no permite aportar calificación cierta.

A juicio de Collart Dutilleul¹³⁰, esta serie de afirmaciones son erróneas. Para Collart, debe acudir al Code Civil, concretamente a su artículo 1176¹³¹. Este artículo 1176 establece que cuando una

ya había sido publicada y el debate en la comunidad jurídica francesa respecto a la vinculación contractual ya existía.

¹²⁸ Artículo 1179: «*El cumplimiento de la condición tiene un efecto retroactivo a la fecha en que se hizo el compromiso. Si el acreedor murió antes del cumplimiento de la condición, sus derechos pasan a su heredero*». («*La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier*»).

¹²⁹ «*Dans le cas où les contractants auront inséré la condition, mais sans préciser sa durée de validité, le délai d'un mois sera censé correspondre à leur volonté implicite*». En este sentido, JESTAZ, LANCEREAU y ROUJOU DE BOUBÉE, «*L'information et la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier*», *Rev. dr. immob.* 1979.409.

¹³⁰ COLLART DUTILLEUL, F. (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, p. 100.

¹³¹ Artículo 1176 del Code Civil: «*Cuando una obligación se contrae con la condición de que un suceso ocurra en un período determinado, esta condición se considera fallida cuando el tiempo ha expirado sin que el suceso haya ocurrido. Si no se ha fijado el tiempo, la condición puede todavía ocurrir, y se considera fallida cuando exista la certeza de que el suceso no ocurrirá*». («*Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas*»).

obligación se contrae bajo la condición de que el acontecimiento se produzca en un tiempo determinado, dicha condición se considera fallida cuando el período de tiempo ha transcurrido sin que haya sucedido. Continúa el artículo 1176 del Code Civil añadiendo que si no hay un período de tiempo fijado, la condición siempre puede realizarse, y sólo decae cuando existe la certeza de que el evento no va a ocurrir. Por lo tanto, concluye Collart Dutilleul, dado que la ley en este aspecto no es ambigua, sino directamente silenciosa, habrá que admitir que el contrato continúa hasta que se alcance la certeza de que el evento no sucederá.

En el supuesto que estamos estudiando, sólo decaería, de seguir al pie de la letra este precepto, cuando todas las entidades financieras rechazasen conceder un préstamo al comprador, lo cual no resulta aceptable.

Por esto mismo, resulta más razonable acudir para solucionar el problema al artículo 1175 del Code Civil¹³², como señala Collart¹³³. El artículo 1175 señala que cualquier condición debe llevarse a cabo en la forma que probablemente las partes hayan querido. Esto puede suponer una investigación por parte del juez de lo que las partes querían –que difícilmente, al menos por parte del vendedor, consistirá en que el comprador disponga de un amplio período de tiempo para conseguir la financiación–. y descubrir, si es posible, un período implícito en el contrato¹³⁴. La solución casuística deviene como la más factible en este caso.

¹³² Artículo 1175 del Code Civil: «Toda condición debe ser cumplida de la manera que las partes probablemente quisieron y entendieron». («Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût»).

¹³³ COLLART DUTILLEUL, F. (1988), *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, París, Sirey, p. 101.

¹³⁴ En este sentido, la sentencia Civ. 3^e, 3 février, 1982, *Bull. Civ.*, III, n.º 37, p. 24; D.1982. I. R.532, obs. Ch. L. El asunto enfrentó al comprador y demandante, el señor Basset, frente a los vendedores y demandados, el matrimonio Roberto. Las partes firmaron, el 21 de agosto de 1973, un contrato de compraventa de un solar, bajo la condición suspensiva de la obtención del permiso de construcción en el mismo. El permiso de construcción se obtuvo el 15 de enero de 1974. Para aquella fecha, las partes ya habían firmado un segundo contrato de compraventa, en septiembre de 1973, que ampliaba el plazo de la condición suspensiva concedido para la obtención del permiso de construcción. En ese nuevo acuerdo, además, las partes especificaban que el período de cumplimiento de la condición suspensiva, si fuera necesario a objeto de obtener el permiso de construcción definitivo, se ampliaría si fuera necesario. El inicio de la construcción se demoró un período de tiempo –que la Sentencia no especifica–. lo que supuso que los vendedores hicieran saber al señor Basset la finalización del plazo concedido para la venta y que, por tanto, la operación no se llevaría a cabo. El señor Basset mostró su disconformidad con la decisión unilateral de los vendedores. Posteriormente, el 5 de junio de 1979, el señor Basset intentó proceder a la adquisición del terreno de los señores Roberto, en las condiciones estipuladas en el contrato original. Los vendedores se negaron. El Tribunal de Aix-en-Provence, en Sentencia de 10 de junio de 1980, consideró que el acuerdo había caducado.

La Sentencia de 3 de febrero de 1982, por su parte, ratificó la decisión del Tribunal de Aix-en-Provence, al considerarlo compatible con lo recogido en el artículo 1176 del Code Civil. Señaló también que el artículo 1175 del Code Civil establece que los acuerdos se

IV. CONCLUSIONES

Después de realizar el análisis del Derecho francés en materia de vinculación contractual entre los préstamos con garantía hipotecaria y la compraventa de viviendas, podemos extraer algunas conclusiones.

1. La necesidad de uso de un bien como la vivienda está fuera de toda duda, por eso mismo se le dota de una especial protección y todas las reglamentaciones nacionales e internacionales le dedican la importancia que merece, si bien el problema es su escaso desarrollo posterior, que impide materializar esas buenas intenciones en medidas tangibles. La imposibilidad de acceso a una vivienda sin la solicitud de un préstamo con garantía hipotecaria resulta, en la mayoría de los casos, lo habitual en estas operaciones, donde la vinculación entre un contrato y otro resulta más que evidente.

2. La aprobación en Francia de las Leyes n.º 78-23, de 10 de enero de 1978 y n.º 79-596, de 13 de julio de 1979, colocó al país en una situación destacada en el panorama mundial respecto de la implementación de la teoría de la vinculación contractual, llegando a unos niveles todavía no alcanzados por la legislación de nuestro país. En la actualidad, con ambas normas incluidas en el Code de la Consommation, el desarrollo de la teoría de la vinculación está mucho más avanzado que en España y en el Derecho de la Unión Europea. El hecho de disponer de una normativa específica para los bienes inmuebles implica una novedad en el panorama legislativo que debe ser estudiada en profundidad y servir de base para un posible desarrollo futuro tanto en el continente como en nuestro país.

3. Con la intención de ofrecer la máxima protección posible al consumidor, el legislador francés ha establecido una serie de garantías que terminan por desequilibrar la balanza a favor del comprador de vivienda. Falta un equilibrio de las partes en este punto, dado que se opera desde la premisa de que el consumidor es siempre ignorante y el vendedor, un experto. La existencia del principio de la buena fe debería permitir establecer un punto inicial más parejo entre ambas partes, a fin de conseguir que la defensa de

llevarán a cabo según las partes hayan acordado, pero que el juez puede investigar cuál es la intención de cada una de las partes si no queda claro en el contrato. De esta forma, el Tribunal llegó a la conclusión de que no puede exigirse por una de las partes –el comprador en este caso–, que se mantengan las condiciones de la adquisición originalmente pactada durante un período de tiempo que, en este caso, era de seis años.

los derechos de la que será habitualmente la parte más débil –el consumidor– no interfiera en exceso en los de la otra parte.

4. Un contrato realizado bajo la condición resolutoria de la no conclusión implica que, apurando los plazos al máximo, el comprador de una vivienda disponga de al menos cinco meses para decantarse por qué vivienda adquirir, dado que las condiciones del préstamo no variarán. Todo ello, si las partes no han convenido además ampliar el plazo legal. Esto, que en un principio puede parecer fuente de problemas y controversia, no ha suscitado, sin embargo, ningún gran problema en el mercado francés.

5. Una vez adquirida la vivienda, cuando el comprador precisa de un préstamo con el que pagarla, el consumidor dispone de al menos un mes para obtenerlo. En ese período de tiempo, un comportamiento dirigido a la consecución de la condición resultará fundamental para que no incurra posteriormente en responsabilidades y se considere el contrato perfeccionado por el hecho de no realizar los pasos necesarios para conseguir financiación. Igualmente, con ambas partes actuando de buena fe, la ventaja de la situación del comprador es evidente, dado que ni siquiera está obligado a informar de que necesitará la concesión de un préstamo para poder financiar la vivienda, sino que esto se presupone a no ser que las partes acuerden lo contrario y el comprador lo incluya en el contrato de compraventa.

6. Tanto el artículo 312-12 del Code de la Consommation, como el 312-16, muestran la posibilidad de vincular crédito y compra de vivienda, de un modo que no contempla el legislador español. Si bien la duración de cuatro meses de la condición estipulada en el 312-12 puede parecer en un principio la más problemática, por tratarse de un período de tiempo superior, lo cierto es que tanto la doctrina como la práctica jurisprudencial han centrado más sus esfuerzos respecto del artículo 312-16 por los problemas derivados del mismo.

7. Por todo lo anterior, resulta necesario un mejor equilibrio en la normativa francesa entre ambas partes. Si bien es cierto que la teoría de la vinculación contractual está mucho más desarrollada que en nuestro país, pueden identificarse aspectos mejorables. Aspectos tales como el exceso de protección del que disfruta el consumidor y el plazo de cinco meses mínimo que la oferta de la entidad de crédito puede estar vigente sin ser operativa. Una vigencia tan amplia que puede tener como consecuencia una oferta fuera del mercado, que sólo beneficiará en todo caso al consumidor, pues será la única parte legitimada para decidir hasta cierto punto si continuar o no adelante con la operación.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BIHL, L. (1978). «La loi n.º 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur». *La semaine juridique*. SJ/G – I. – 33, (2909).
— (1986). *Le droit de la vente*, Paris, Dalloz.
- BOURGOIGNIE, T. (1981). *L'aide juridique au consommateur*, Bruselas, Cabay.
- CALAIS-AULOY, J. (dir.). (1981). *Le Droit de la Consommation en France*, Southampton, Van Nostrand Reinhold Co. Ltd, Berkshire.
- CALAIS-AULOY, J. / STEINMETZ, F. (1996). *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz.
- CALAIS-AULOY, J. / TEMPLE, H. (2010). *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 8.ª edición.
- CAS, G. / FERRIER, D. (1986). *Traité de droit de la consommation*, Paris, Presses Universitaires de France.
- CASADO CERVIÑO, A. (1983). «El crédito al consumo y la protección de los consumidores». *Revista de Derecho bancario y bursátil*. n.º 11, julio-septiembre 1983, 481-530.
- CHARDIN, N. (1988). *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence.
- COLLART DUTILLEUL, F. (1988). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, 1.ª ed.
— (1996). *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, 6.ª ed.
- COLLART DUTILLEUL, F. / DELEVEQUE, P. (1991). *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 1.ª ed.
— (2011). *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 9.ª ed.
- DAGOT, M. (1980). «Vente d'immeuble et protection de l'acquéreur-emprunteur (loi du 13 juillet 1979)». *La semaine juridique*. SJ/G. – I. – 9, (2973).
— (1980). «Prêt immobilier et protection de l'emprunteur (loi du 13 juillet 1979)». *La semaine juridique*. SJ/G. –I, (2979).
— (1981). «L'interdépendance entre l'acquisition du terrain et la construction du logement au regard de la loi du 13 juillet 1979». *La semaine juridique*. SJ/G. –I. –21, (3027).
- DEROUSSIN, D. (2007). *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica.
- FAGES, B. (2007). *Droit des obligations*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- FALLETTI, F. (1981). *La vente a crédit des biens de consommation*, Paris, Librairie de la Cour de Cassation.
- GIORGIANI, M. (1937). Negozi giuridici collegati. *Riv. it. sciencz. Giur*
- GOUBEAUX, G. (1979). «Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif d'une des parties». *Rép. Not. Defrénois*. (31987).
- GROSLIÈRE, J.-C. / SAINT-ALARY HOUIN, C. (1993). «Promotion immobilière – vente d'immeuble». *Revue Droit immobilier*. 15 (1), janvier-mars 1993, 89-91.
- HAMEL, J. (dir.). (1953). *Études de Droit Commercial*, Dalloz, Paris.
- HEUGAS-DARRASPEN, H. / SALVANDY, J. (2011). «La «face cachée» d'une réforme du crédit immobilier dans la loi du 1^{er} juillet 2010 modifiée». *Gazette du Palais*. 25 juin 2011, n.º 176, p. 21 et s.
- LAGARDE, X. (2002). «Prévenir le surendettement des particuliers». *JCP éd. G*.
- LÓPEZ FRÍAS, A. (1994). *Los contratos conexos*, Barcelona, Bosch.
- MANARA, C. (1998). «L'abus par le consommateur de son droit». *Petites affiches*. 18 mai 1998, n.º 59, 5-7.
- MESTRE, J. / FAGES, B. (2005). «L'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels». *RTD civ*.

- MEYFARTH, I. (2005). «La protection de l'emprunteur dans le cadre du crédit à la consommation (art. L. 311-1 et s. Code de la consommation). *La protection du faible par le droit civil, Séminaire franco-allemand à Berlin du 6 au 9 juillet 2005*.
- MOUSSERON, J.-M. (1995). *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis, actes du colloque du 24 janvier 1994 de l'Université de Reims*, Paris, Librairie de la Cour de Cassation.
- NICOLÒ, R. (1937). Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario. *Foro it.*, núm. I.
- NOBLOT, C. (2012). *Droit de la consommation*, Paris, Montchrestien lextenso éditions.
- PAISANT, G. (1990). «La loi du 13 décembre 1989 relative au surendettement des ménages», *JCP*, I, 3457, n.º 77.
- PÉRINET-MARQUET, H. (1993). «Propriété et droit immobilier». *La semaine juridique*. [JCP], Éd. G, n.º 15, (3668), 165-168.
- PICOD, Y. (1990). «La clause résolutoire et la règle morale». *La semaine juridique*. Éd. G, n.º 20, t. I. (3447).
- (2010). *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz-Sirey.
- ROCHE-DALAN, J. (1996). «Le domaine d'application des lois Scrivener», *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n.º 1, janvier-mars 1996, 49.^a année, 1-30.
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J. (1989). «Les conséquences de l'annulation d'un contrat». *La semaine juridique*, n.º 25, SJ/G. -I. -27, (3397).
- TERRÉ, F. (2009). *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz.
- TEYSSIE, B. (1975). *Les groupes de contrats*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence.
- VERDIER, J. M. (1955). *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation sucesive des droits*, Paris, Rousseau.

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

Libros *

EGEA I FERNÁNDEZ, Joan/FERRER I RIBA, Josep (Dir.), FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.): *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya-Família i relacions convivencial d'ajuda mútua*, ed. Atelier, Barcelona, 2014, 1155 pp.

El 21 de agosto de 2010 se publicó en el BOE la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Desde que la Generalitat de Cataluña recuperó la competencia legislativa en materia civil, el Parlamento Catalán ha llevado a cabo una tarea remarcable en el ámbito del derecho de la persona y la familia, perfilándose un cuerpo normativo muy completo en el ámbito del derecho civil que condujo a su codificación sectorial, con la aprobación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia. Sin embargo, algunas instituciones, como las uniones estables de pareja (Ley 10/1998, de 15 de julio), quedaron fuera del Código de familia. La actuación legislativa del Parlamento en materia de persona y familia, sin embargo, no se agotó en el Código de familia, que como se ha señalado no aunó íntegramente toda la normativa existente, sino que alcanzó otros hitos significativos, como la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes, Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua o la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña entre otras. El legislador catalán opta en 2010, frente a la ingente variedad legislativa por presentar un texto alternativo íntegro, lo que evita las dificultades inherentes a una refundición posterior y permite contextualizar las numerosas e importantes novedades que se introducen al aprobar el libro segundo.

Todos estos datos resultan relevantes para poner de manifiesto la trascendencia de la obra que ahora se comenta, en la que, sobre la base de un texto legal unificado, se realiza una valoración de esa normativa, tras tres años de su entrada en vigor, con el bagaje de quienes conocen de primera mano el tema y han participado activamente en el proceso de cambio producido, permitiendo incorporar en sus comentarios igualmente, las consecuencias más inmediatas de su aplicación. Por ello además, cobra sentido que se acometan inicialmente los comentarios a los títulos III y IV del libro II del CCCat, referidos a la Familia y las Relaciones convivenciales de ayuda mutua, ya que se ha optado, como indican sus directores en el prólogo de la misma, por abordar primero esta última parte del libro II, sin esperar a completar la totalidad de la obra, al tratarse de materias con mayor aplicación práctica y mayor conflictividad judicial, entendemos que con gran acierto, por la relevante actualidad del contenido de las mismas, lo que supone un valioso referente para los estudiosos de la materia, así como para los aplicadores directos de la

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

norma. La obra constituye por tanto, tal y como indican sus directores, el segundo volumen de los Comentarios a la Ley 25/2010, como comentario legal, en el que se interpretan y analizan las normas artículo por artículo (aunque en algún caso puntual se realiza el análisis global de varios preceptos por considerarlo más acorde al tratamiento y desarrollo del comentario: es el caso de los artículos 235.44 a 235.46, relativos a los procedimientos de Adopción internacional).

Los comentarios realizados siguen el sistema ya utilizado en los Comentarios al Código de Familia y la Ley de Uniones estables de Pareja y situaciones convivenciales de ayuda mutua (Egea Fernández J, Ferrer Riba J (directores), Lamarca Marqués A, Ruisánchez Capelastegui C (coord.). Tecnos 2000), combinando los comentarios y valoraciones doctrinales con la perspectiva práctica que proporciona la jurisprudencia del TSJ de Cataluña y las Audiencias catalanas. Se prescinde igualmente de las notas a pie de página, incorporando las referencias bibliográficas y jurisprudenciales de la forma más sintética posible, remitiendo la cita completa a la bibliografía final que cierra la obra.

El trabajo es el resultado de la colaboración de cuarenta y cuatro especialistas, procedentes mayoritariamente del mundo académico (representado no sólo por profesores de derecho civil, sino también de derecho procesal, internacional privado, laboral o romano) aunque igualmente se ha contado con la participación de representantes de la práctica profesional, notarial y registral, así como de miembros de la judicatura, lo que permite constatar, como se anuncia en el prólogo de la obra, una diversidad de estilos, así como formas de abordar el análisis del articulado, imprimiendo al mismo una mayor riqueza, fruto de la propia experiencia profesional de quienes abordan el comentario concreto desde dicha óptica. Ello imprime igualmente a la obra de un carácter más global y transversal, adecuado a la actual forma de afrontar los problemas propios del Derecho de Familia.

Constituye un elemento común a la mayoría de los comentarios, lo que resulta realmente positivo y quizás una de sus principales aportaciones, la incorporación de un análisis comparativo entre el vigente texto legal y la regulación otorgada a la materia objeto de análisis por el derogado Código de Familia y la legislación especial reguladora de instituciones que, como se ha indicado, habían venido siendo recogidas en textos independientes, de forma que, al margen de las indicaciones realizadas por el propio legislador catalán en el preámbulo de la Ley, el lector puede perfectamente llegar a una completa comprensión de las modificaciones introducidas con respecto a la regulación anterior. Igualmente reseñable de toda la obra, es el hecho de introducir, en aquellos casos en que tales modificaciones se han producido, la razón que ha venido en la práctica a justificarlas, bien derivadas de la evolución social y alteración real en la sociedad catalana en relación con las condiciones y circunstancias que en su momento dieron origen a la regulación derogada, bien derivadas de la posición mantenida por los tribunales (Audiencias Provinciales y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y TS en aquellos casos en que la doctrina del mismo resulta relevante). Introducir en este caso la posición de la jurisprudencia, no sólo la que puede haber motivado el cambio legal producido, sino también las más recientes resoluciones constituye un elemento fundamental y absolutamente imprescindible de la obra que se recensiona.

Debe señalarse en cualquier caso que, aunque referidos los Comentarios al Libro II del CCCat, y con la salvedad de aquellas instituciones propias del derecho catalán, se trata de una obra de referencia para todo jurista dedicado

al estudio del Derecho de Familia con carácter general, en la medida en que (no debe olvidarse), la mayoría de sus instituciones son comunes con el derecho común recogido en el CC, por lo que también de alguna forma, la evolución social y la posición de los tribunales en el resto del país han servido y sirven de referencia base para los cambios legislativos producidos. Sin embargo es evidente que las reformas introducidas en el CCCat en 2010, fruto de dicha evolución en la configuración del actual Derecho de familia, no han sido atendidas de la misma forma por el legislador nacional en el CC, que no ha sabido, no ha querido o no ha podido afrontarla de una forma adecuada, parcheando soluciones que han venido a hacer si cabe más complejo el panorama legislativo en torno al Derecho de familia actual. Y ello pese a que como se indica, los mimbres en ambos casos eran los mismos, prueba de lo cual se ha venido poniendo de manifiesto igualmente en la interpretación que progresivamente van haciendo los tribunales en el resto del país, así como la que el propio Tribunal Supremo viene haciendo en muchos casos, atendiendo a la nueva realidad social, con referencias explícitas en muchas ocasiones a la evolución producida en el derecho catalán. Por ello no resulta exagerado señalar que los Comentarios al Libro II del CCCat constituyen una obra de referencia general.

Obviamente resulta imposible hacer una valoración crítica de todos los comentarios que conforman esta extensa obra de 1.155 págs. (aunque haremos una breve referencia a ello posteriormente), pero sí se puede afirmar que existe un común denominador en todos ellos y un dato esencial que confiere unidad a la obra: Por un lado debe ponerse de manifiesto algo que no en todas las obras colectivas ocurre, aunque se trate de comentarios a textos articulados: la ausencia de solapamiento en el tratamiento de los temas abordados, lo que, en gran medida creo resulta mérito indiscutible de sus directores y de su coordinadora. Por otro, el hecho de que en todos aquellos casos en que se ha producido una modificación, aunque sea meramente terminológica, respecto de la regulación anterior, quienes afrontan el comentario del precepto afectado comienzan, previo al análisis detallado del contenido del articulado, con una referencia genérica al ámbito de aplicación, origen de la norma y problemática que plantea en la comparativa con los orígenes y evolución legislativa de cada una de las instituciones abordadas en ellas, así como con un estudio pormenorizado de los posibles motivos de la modificación en relación con la regulación anterior, en aquellos casos en que ésta se ha producido. Ello, al margen de que el propio preámbulo de la Ley ya resalta los aspectos fundamentales que han sido alterados en la vigente regulación, resulta absolutamente relevante cuando se incluyen expresamente las motivaciones que han justificado el giro del legislador (la evolución de la sociedad catalana, el cambio en los criterios marcados por la jurisprudencia, con indicación en la mayoría de los casos de las decisiones relevantes que pueden haber producido tales cambios o, en su caso, la posición doctrinal dominante que ha podido contribuir a una nueva regulación o a los cambios más significativos). Esto es sin duda lo que convierte el trabajo en una obra relevante para, no sólo el jurista catalán, sino también para el resto de los estudiosos y aplicadores del derecho, y para el propio legislador nacional.

Hacemos referencia por último brevemente, al contenido concreto de los Comentarios, que abordan en primer lugar el análisis del título III del Código, relativo a la familia (arts. 231-1 a 237-14).

Sin perjuicio de que, como se ha indicado, no se puede entrar en detalle en el análisis de cada comentario, sirva de referencia del enfoque que se des-

prende de la obra, el comienzo de los comentarios con el del artículo 231-1 referido a la heterogeneidad familiar. Resulta relevante poner de manifiesto cómo el punto de partida se encuentra precisamente en un análisis minucioso y detallado de la evolución en el panorama no sólo catalán, de los diferentes tipos de familia existentes, y en la heterogeneidad existente en el panorama actual, desde el punto de vista estadístico, lo que justifica ya inicialmente la razón que da pie al legislador a afrontar la reforma del Código atendiendo a una realidad que ha cambiado vertiginosamente en los últimos años, desde finales de los años noventa.

Configurado por siete capítulos, constituye el grueso del comentario de la obra. **El capítulo I** (Alcance de la Institución familiar) regula las disposiciones generales y los efectos del matrimonio (sección primera); las relaciones económicas entre los cónyuges (sección segunda); los capítulos matrimoniales (sección tercera); las donaciones por razón de matrimonio otorgadas fuera de capítulos matrimoniales (sección cuarta) y los derechos viudales familiares (sección quinta). En la línea indicada anteriormente, quienes comentan cada precepto, afrontan, en aquellos casos en que se ha producido una modificación respecto de la legislación anterior, aunque sea meramente terminológica o derivada del hecho de aunar en un único texto legal el contenido disperso en otros textos legales, la explicación justificativa de la misma. Es el caso, por ejemplo, de la regulación de los gastos familiares (art. 231-5) y la exclusión de los de adquisición y mejora de la vivienda familiar u otros bienes de uso familiar; del tratamiento de la presunción de las donaciones previsto *ex art.* 231-12; del régimen de las adquisiciones con pacto de supervivencia (arts. 231-15 a 231-18) o del régimen de las donaciones por razón de matrimonio otorgadas fuera de capítulos matrimoniales (arts. 231-27 a 231-29).

El capítulo II, relativo a los regímenes económicos matrimoniales, mantiene el régimen de separación de bienes como legal supletorio y conserva, con algunas modificaciones remarcables, sus características definitorias. Siguiendo la línea marcada por todos los comentarios, se destacan aquellos aspectos novedosos de la Ley, con explícitas referencias a las razones que pueden haber avalado el cambio haciendo constatable al lector que el Libro II del CCCat ha legalizado buena parte de la doctrina jurisprudencial y ha rectificado aquellos elementos de la Ley que provocaban disonancias, que igualmente venían siendo puestas de manifiesto por la doctrina. Tal es el caso, entre otros, de la exclusión del régimen de separación, de los bienes muebles destinados al uso familiar, como los vehículos, el mobiliario, los aparatos domésticos o los demás bienes que integran el ajuar de la casa (art. 232-3); de la regulación más completa de la compensación económica por razón de trabajo para la casa o para el otro cónyuge (art. 232-5), que se extiende también a los casos de extinción del régimen por fallecimiento de uno de los cónyuges o, en lo que concierne a los demás regímenes económicos, donde se han revisado tanto el régimen de participación en las ganancias como el de comunidad para corregir las deficiencias que, en la práctica, dificultaban que pudiesen tenerse en cuenta como una alternativa al régimen legal supletorio.

En relación con la regulación de los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial (**capítulo III**), y siguiendo la misma tónica del resto de la obra, debe hacerse referencia al tratamiento específico de las novedades introducidas por la Ley, entre ellas: la regulación específica de las medidas provisionales (art. 233-1) que se ajusta más a las necesidades propias del derecho civil catalán. Se aborda igualmente el debate sobre la aplicación o no de tales medidas a las parejas estables, así como el tema de la

competencia internacional para la adopción de las medidas previstas en los citados preceptos, los llamados acuerdos amistosos de separación y el régimen de validez y sus efectos (art. 233-5). Igualmente en relación con el cuidado de los hijos (arts. 233-8 a 233-13), se producen dos novedades importantes en cuanto a la responsabilidad de los progenitores sobre los hijos con ocasión de la separación o el divorcio: la incorporación del plan de parentalidad y el mantenimiento de la responsabilidad compartida de los progenitores en los supuestos de crisis matrimonial. De forma más específica, en la línea de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, y con la conciencia de la lucha contra esta violencia, se excluye de toda participación en la guarda el progenitor contra quien exista sentencia firme o mientras existan indicios fundamentados de violencia familiar o machista y se establece explícitamente la supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo. Destacable resulta igualmente el establecimiento de un procedimiento que fija la forma en que, en caso de crisis matrimonial, puede hacerse efectivo el derecho de los hijos menores a mantener relaciones personales con hermanos y abuelos. Las reglas sobre la atribución del uso de la vivienda familiar presentan novedades importantes (sección cuarta-arts. 233-20 a 233-25), cuya relevancia es puesta de manifiesto en los correspondientes comentarios. Hasta la entrada en vigor del Libro II CCCat, el régimen de atribución del uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico se caracterizaba por su rigidez, al configurarse como una medida, casi ineludible de pago en especie de los alimentos debidos a los hijos o, en su caso, de la pensión compensatoria, de forma que en la práctica devenía en un modo de asegurar tales prestaciones, lo que comportaba el riesgo de provocar un sacrificio desproporcionado de los intereses en conflicto, ya que, con pocas posibilidades de corrección, el progenitor no guardador o el cónyuge menos necesitado de protección se veía privado de sus bienes de mayor valor. El análisis de los preceptos a la luz de la más reciente jurisprudencia de las Audiencias catalanas y del TSJC, así como de la DGRN en relación con el carácter y naturaleza del derecho de uso sobre la vivienda, constituyen un referente no sólo para comprender la razón que ha llevado al legislador a la relevante modificación en esta materia, sino también para los estudiosos de la misma en el ámbito estatal, donde la parca y anquilosada regulación sigue avocando a los mismos problemas que originaron la reforma catalana, y que tan sólo la jurisprudencia de los tribunales ha ido paliando.

El **capítulo IV** se dedica a la convivencia estable en pareja y sustituye íntegramente la Ley 10/1998, de modo que se pone fin al tratamiento separado que el ordenamiento catalán había dado a las parejas estables, sin establecer diferencia alguna, como hacía la derogada ley de uniones estables de pareja, por razón de la orientación sexual de sus miembros. Se amplía, además, el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa, a las parejas estables formadas por personas que no podrían contraer matrimonio entre sí porque uno de ellos continuaba casado con otra persona. Se estima que, tratándose de una regulación fundamentalmente dirigida a resolver los problemas derivados del cese de la convivencia, un tratamiento desigual no tiene justificación. Quiere evitarse, asimismo, que un número muy importante de parejas queden fuera de la regulación –según algunas estimaciones, en torno a un 30 % de las parejas heterosexuales existentes en Cataluña y un número indeterminado de parejas homosexuales– y que las consecuencias de la ruptura deban determinarse acudiendo a una doctrina jurisprudencial de perfiles demasiado imprecisos. Sobre tal planteamiento y

parámetros establecidos en el preámbulo de la Ley, se desarrolla el comentario de las tres secciones que constituyen el capítulo IV.

El capítulo V, relativo a la filiación, abraza tanto la filiación por naturaleza como la adoptiva, que el Código de familia regulaba en títulos separados. Se mantiene la distinción tradicional entre filiación por naturaleza y adopción, así como la tradicional distinción en las formas de determinación de la filiación por naturaleza (matrimonial y no matrimonial), incorporando sin embargo ya la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, aunque se sigue considerando filiación por naturaleza (arts. 235-8, 235-13, 235-27.3 y 236-28.2). Se incluye no obstante, como forma de determinación de la filiación por naturaleza, el consentimiento, para dar entrada a la determinación de la paternidad/ maternidad no genética (matrimonial o no matrimonial y tanto para los supuestos de matrimonio/parejas estables de dos mujeres), derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida, dando igualmente respuesta a la posible impugnación del consentimiento prestado por falta de capacidad o vicios en el consentimiento.

El acogimiento preadoptivo regulado en los cinco artículos que le dedica el Código catalán ha de completarse con la referencia a las disposiciones generales sobre el régimen del desamparo y con las medidas de protección previstas, tanto en el propio Código, como en la Ley de derechos y oportunidades en la infancia y adolescencia, como en el aún vigente Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción. En este punto la reforma supone una ampliación, respecto del Código de familia de la regulación del régimen de protección de los menores desamparados. Respecto de la adopción, la nueva regulación reconoce explícitamente el derecho de los adoptados a conocer la información sobre su origen y, en línea con la legislación comparada más moderna, impone a los adoptantes la obligación de informar al hijo adoptado sobre la adopción. Para hacerlo efectivo, se establece, asimismo, un procedimiento confidencial de mediación. También y excepcionalmente, se abren fórmulas para que, en interés del hijo adoptado, éste pueda continuar manteniendo las relaciones personales con la familia de origen (arts. 235-49 y 50).

El capítulo VI tiene por objeto la potestad parental. Componen el capítulo cinco secciones: Disposiciones Generales, Ejercicio de la potestad parental, Contenido de la potestad parental, Extinción de la potestad y Prórroga y rehabilitación de la potestad parental. La nueva regulación, entre otros aspectos, adapta el texto legal, terminológicamente, a la nueva configuración de la tradicionalmente denominada «patria potestad», como «potestad parental», suprimiendo la referencia tradicional al padre y madre por la mención a los progenitores, derivada de la posible doble paternidad/maternidad, y analizándola desde el punto de vista de su finalidad esencial: el cumplimiento de las responsabilidades parentales. No se trata por tanto de un poder atribuido en beneficio de sus titulares, sino atendiendo al interés de los hijos. Por otro lado se incorporan, en la línea iniciada por otros ordenamientos europeos, unas disposiciones para dar respuesta a las necesidades de las llamadas familias recompuestas o reconstituidas, o sea, las integradas por parejas que tienen a su cargo hijos no comunes (arts. 236-14 y 15). Finalmente, con el objetivo de dar una respuesta clara a los problemas derivados de la violencia en las relaciones familiares, se considera justa causa para que la autoridad judicial pueda suspender o denegar las relaciones personales de los progenitores con los hijos menores que éstos hayan sido víctimas directas o indirectas de violencia de género en el marco de aquellas relaciones (art. 236-6).

Ha de destacarse que, el derecho catalán, en comparación con el CC español, confiere más peso a la autonomía privada a la hora de regular la forma en que se ejercita la potestad, tanto en situaciones de convivencia pacífica, como en los supuestos de crisis, por la conexión que existe entre la potestad parental y el plan de parentalidad (arts. 233-2.2.^a y 233-9). Resulta igualmente relevante la opción del legislador, en los supuestos de conflictos entre los progenitores, distinguiendo entre los desacuerdos ocasionales (en los que el juez resolverá atribuyendo a uno de ellos la facultad de decidir), y los desacuerdos reiterados, en los que se introduce la mediación como solución en los procedimientos que se substancien por razón de los mismos.

Nuevamente al comentar los aspectos novedosos de la Ley se adentran sus autores en el análisis comparativo respecto de la anterior regulación así como en las razones que inspiran el cambio. Ello ocurre en el caso del capítulo al que hacemos referencia al analizar por ejemplo las causas de privación de la potestad parental, donde se han ampliado hasta seis los supuestos en que ello se produce, fruto, se apunta, de las dudas que generaba la legislación derogada; en la regulación de la recuperación de la potestad parental, o en relación con los ya mencionados preceptos relativos a las facultades que se confieren al cónyuge o conviviente en pareja de hecho del progenitor (arts. 236-14 y 15), denominados como «padres y madres sociales»; o en aspectos como el cambio de denominación prevista en el art. 236-24 (rendición de cuentas), frente al precedente art. 148 CF que se refería al fin de la administración, en lugar de centrar el objeto en la actividad de rendición de cuentas como hace el actual precepto, cambio que se considera adecuado ya que la rendición de cuentas se dará aunque subsista una situación de administración del patrimonio del menor por parte de un tercero. Lo mismo puede predicarse de los cambios de forma y contenido producidos en la regulación sobre los bienes de los menores excluidos de la administración por los progenitores (art. 236-25), en relación con sus precedentes. También es de destacar la mejora técnica que se confiera a la rehabilitación de la potestad parental (art. 236-34) en relación con el art. 161 CF. Así mismo la introducción en algunos supuestos de referencias expresas a los criterios judiciales seguidos, fundamentales para la valoración de los criterios de aplicación de la normativa, como ocurre en el art. 236-35, para identificar las pautas que han de ser tenidas en cuenta por los jueces para acordar la rehabilitación de la patria potestad u ordenar la constitución de la tutela o curatela, sirve de referencia, no sólo al investigador sino también a la propia autoridad judicial para resolver en aplicación de la citada normativa.

El capítulo VII, relativo a los alimentos de origen familiar (arts. 237-1 a 237-14), mantiene la regulación del Código de familia con pocos cambios. Es preciso referirse, por su finalidad esencialmente protectora y de lucha contra la lacra de la violencia familiar o machista, a la norma que permite pedir los alimentos anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, si éstos no se reclamaron por una causa imputable a la persona obligada a prestarlos, como demasiado a menudo pasa, en los casos de maltrato a la persona que debía reclamarlos (art. 237-5.2). Igualmente destacable es la supresión de la incoherente y fragmentada regulación del derecho a los alimentos de los hermanos, de los descendientes y de los ascendientes, de modo que, basándose en el principio de autosatisfacción de las necesidades propias, se explicita con carácter general que no tienen derecho a los alimentos las personas que están en situación de necesidad por una causa que les sea imputable, mientras dura esta causa.

La obra culmina con el estudio del Título IV del Código civil de Cataluña, sobre las relaciones convivenciales de ayuda mutua (arts. 240-1 a 240-7) y con el análisis de las nueve disposiciones adicionales y ocho transitorias de la Ley que cierra el trabajo con la misma oportunidad y tónica que confluye en todos los comentarios.

Las Relaciones convivenciales de ayuda mutua, reguladas anteriormente por la Ley 19/1998, de 28 de diciembre (LSCAM), derogada por la DD de la Ley 25/2010, se integran en el L. II como título IV, con algunas modificaciones. La primera se refiere al nombre de la institución, que ahora, de una forma más descriptiva, se denomina relación convivencial de ayuda mutua. En cuanto al contenido, se ha considerado que no procedía mantener el derecho a la compensación económica por razón de trabajo, que partía de un estricto paralelismo con el matrimonio y con las parejas estables, porque difícilmente se dará, pues la finalidad de las relaciones convivenciales de ayuda mutua es poner remedio a las dificultades propias de las personas mayores. Igualmente, se ha eliminado la norma que, sin fijar ningún criterio orientativo ni limitación temporal, permitía atribuir el uso de la vivienda de titularidad conjunta a alguno de los cotitulares, por considerar que esta cuestión debe resolverse por las reglas propias de la comunidad. Mediante la reforma introducida, se pretende (nuevamente se introduce la justificación pertinente de la misma) garantizar los derechos de las personas mayores, y concretar el mandato estatutario a los poderes públicos, de garantizar, por un lado, su protección, y por otro su plena integración en la sociedad mediante políticas públicas basadas en el principio de solidaridad intergeneracional. Además el legislador catalán parece hacerse eco de los principales resultados publicados en 2009 en el estudio «Proyecciones de la población 2021-2041 (base 2008)», que ponen de manifiesto la necesidad de adoptar medidas para avanzar en la protección de la tercera edad.

Pilar BENAVENTE MOREDA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

GONZALES PÉREZ DE CASTRO, Maricela: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, 374 pp.

El Derecho sin verdad es el título de un sugerente libro de la filósofa del Derecho italiana Ana Pintore (publicado en 1996 y traducido también en la editorial Dykinson en 2005). En él realiza una revisión (y una actualización) de uno de los considerados cimientos del positivismo jurídico: el Derecho es sin verdad, un planteamiento que ha tenido en Hobbes y en Kelsen a algunos de sus principales sostenedores. Pintore, sin estar condicionada por la tradición hobbesiana-kelseniana –al menos es lo que pretende–, llega por su cuenta a la misma conclusión, es decir, de que «el Derecho es irremediablemente sin verdad». En esto, aclara de inmediato, reside su utilidad y hasta su razón de ser: «Asociar el Derecho a la verdad –concluye– hace de él un fin, o un principio, e induce a desentender su instrumentalidad». En definitiva, nada nuevo. Se trata de una visión positivista y utilitarista de las normas jurídicas a las que no se les puede ni se les debe preguntar si son verdaderas o falsas, sólo si sirven para resolver los problemas o conflictos para los que están destinadas. Para eso, se afirma, la verdad es innecesaria. Por elevación, puede

pensarse que quienes sostienen este planteamiento niegan la verdad, toda verdad, no sólo en el ámbito del Derecho. Pero no necesariamente debe ser así –y a algo de eso alude Pintore–, ya que habría quienes sólo lo hacen para el Derecho, es decir, que no consideran a ésta, a la verdad, como un elemento constitutivo de la norma jurídica (precisamente Hobbes mantenía que no era la verdad sino la autoridad la que la definía: *Auctoritas non veritas fecit legem*). Como suele suceder tantas veces con planteamientos radicales, nos parece que en todo ello hay un poco de exageración (y por tanto de distorsión), ya que no necesariamente, pensamos, autoridad y verdad deben ser incompatibles en el Derecho.

Con toda probabilidad Maricela Gonzáles, la autora de la monografía que nos ocupa, y el autor del prólogo, el director de la tesis que da origen a ésta, el Profesor Durán Rivacoba no participan de este planteamiento acerca de la verdad en relación con el Derecho. Ello no significa que maestro y discípula estén absolutamente de acuerdo en todo –no es así como el primero recuerda–, aunque sí creemos que lo están en lo esencial. Y esto, lo esencial, consistiría en entender que preexiste una verdad al Derecho, que éste debe recoger y reflejar. No lo dicen en ningún momento –que nadie espere encontrar alusiones al Derecho natural ni a moral alguna– pero se trasluce su adhesión al Derecho *con verdad* (por contradecir a Pintore). En este sentido, lamenta Durán en concreto que el Derecho de familia era, hasta hace bien poco, un sector del ordenamiento jurídico, donde primaba la «certeza» –prefiere no hablar de verdad– como principio básico. Una certeza que, en su opinión, habría menguado o prácticamente desaparecido en la esfera conyugal, con las dos leyes que en julio de 2005 regularon respectivamente el matrimonio entre personas del mismo sexo y el divorcio y la separación sin causa y transcurridos sólo tres meses del matrimonio. Y una certeza (o una verdad) que también en materia de filiación andaría muy disminuida en los últimos tiempos (a pesar de la consagración en la Constitución Española de 1978 del principio de verdad biológica).

De este mismo planteamiento general, así como del específico para el Derecho de familia, participa también la autora. Así se adivina de manera muy clara, por ejemplo, cuando se refiere al matrimonio homosexual –cuyo reconocimiento, con razón, señala habría tenido importantes repercusiones en materia de filiación– y al que dedica varios párrafos partiendo de la idea de que éste siendo lo que es y debe ser, como realidad prenORMATIVA no creada por el Derecho sino reconocida y regulada por éste, no puede quedar distorsionado por las leyes que lo regulan.

Con seguridad, descubierto este planteamiento de la autora –que no se oculta aunque tampoco se proclama por parte de ésta–, habrá quien piense (por prejuicio) que el mismo lastra irremediablemente el libro, corriendo el riesgo de alejarse, en aras del adoctrinamiento o de la propagación de unas determinadas ideas (de una determinada verdad) de aquello que debe ser una monografía jurídica. No es así ni mucho menos. Nos encontramos ante un trabajo de excelente factura sobre la incidencia del principio de verdad biológica en la regulación de la filiación, medido con las recientes derivas legislativas y jurisprudenciales que ésta viene experimentando en nuestro país en los últimos años. El origen del texto, como ya hemos adelantado, es la tesis doctoral realizada en la Universidad de Oviedo por Maricela Gonzales, profesora en la Universidad de Piura (Perú). Digna de ser subrayada es la concepción misma del trabajo que dada la nacionalidad de la autora haría pensar a priori que se desenvolvería en la habitual clave comparada entre el Derecho

español y su Derecho patrio. No sucede así ya que la monografía se centra exclusivamente en el primero, en nuestro Derecho. Y lo hace además de manera muy competente, con una inmersión y una desenvoltura que hacen olvidar en todo momento que no se trata de una jurista española.

El libro examina con exhaustividad la tensión entre la verdad biológica, como importante principio en la determinación y el desenvolvimiento de la filiación, y otros principios, igualmente consagrados en la Constitución, a los que también se les otorga un papel fundamental respecto de ésta: el *favor filii* o beneficio del hijo, la protección de la familia y la seguridad jurídica. Todos estos integrarían lo que se conoce como «verdad social». El análisis que se propone parte de la constatación de cómo ambas verdades, hasta hace unos años coincidentes o mutuamente sostenidas, en la actualidad, se oponen y contradicen en muchas ocasiones. De manera sintética, señala la autora, una de las cuestiones más candentes y polémicas consistiría en resolver, con carácter general, si el principio de la verdad biológica ha de prevalecer siempre o, por el contrario, ha de conciliarse o ceder frente al de la verdad social.

La cuestión, en absoluto pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia, con posiciones claramente enfrentadas entre los partidarios del mantenimiento (a ultranza) de la verdad biológica, posición que parece imponerse, y quienes sostienen que ésta debe ceder, es abordada en cuatro capítulos, planteados en una sucesión lógica y ordenada.

El primer capítulo está dedicado a analizar los dos principios enfrentados: la verdad biológica y la verdad social, aunque con especial dedicación a la primera. Las principales aportaciones que realiza a este respecto nos parece que son tres. De un lado, su consideración como un principio no absoluto, sometido a límites que se delinean ya desde la propia Constitución. De otro, la incidencia que los evidentes avances producidos en el campo probatorio habrían tenido sobre la percepción y el desenvolvimiento de la verdad biológica. Y por último, los efectos de la aplicación exacerbada de ésta, que habría conducido, por ejemplo, a la identificación entre *favor filii* y verdad biológica, entendido aquél como el derecho del hijo a conocer a toda costa su origen y su filiación.

El segundo capítulo está dedicado a la determinación de la paternidad, a partir de la verdad biológica. Para ello realiza un pormenorizado repaso del régimen de las presunciones, para terminar ocupándose extensamente de la impugnación, con especial atención a la cuestión del plazo *ex art. 136.1 CC*. La posición de la autora, rechazando en principio la que denomina «interpretación extensiva del precepto», que tiende a admitir la impugnación más allá del año previsto como plazo de caducidad, nos parece poco comprensiva con la posición de un marido (o de un ex marido) al que prácticamente se le exige (o se le *condena*) a que permanezca (a que se *aguante*, si se nos permite la expresión) como padre de quién no es su hijo, en un entendimiento cuando menos exagerado del *favor filii* y de la seguridad jurídica. Bien es cierto que la autora matiza de inmediato esta posición con la propuesta que hace *de lege ferenda*, en la línea de lo sostenido por el TEDH –cuyas resoluciones analiza de forma pormenorizada–, de fijar el *dies a quo* desde el momento en el que existe la posibilidad de conocer la verdad biológica por parte del reconecedor.

El siguiente capítulo, el tercero, el más extenso de la obra, se ocupa de los supuestos de determinación *ex voluntate* de la filiación. En concreto, trata sucesivamente de la filiación por naturaleza determinada por reconocimiento, de la filiación adoptiva y de la filiación en los supuestos de reproducción

asistida. En todos ellos, analiza los principales y más actuales problemas que se plantean. Así, también sucesivamente, primero trata de los llamados reconocimientos de complacencia y de su impugnación, respecto de lo cual desmascara la jurisprudencia contradictoria existente, concluyendo sensatamente que la única salida posible sería la reforma legislativa (estableciendo de manera taxativa la vía de impugnación en estos casos y las personas legitimadas y excluidas para ello). En segundo lugar, con relación a la filiación adoptiva, se centra en el derecho al conocimiento de los orígenes biológicos. Por último, en tercer lugar, respecto de la filiación por fecundación artificial aborda, de nuevo con exhaustividad, todas las cuestiones posibles en torno a ésta (la investigación de la paternidad del donante de material reproductor y la filiación por fecundación artificial en una pareja heterosexual) pero quizá lo más interesante es su aproximación a la filiación que a partir de estas técnicas puede establecerse respecto de un matrimonio homosexual. Pensamos, con la autora, que la quiebra absoluta de la verdad biológica habría tenido su culminación (por ahora) en la reforma introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de sobre técnicas de reproducción humana asistida (apartado 3 de su art. 7), permitiendo a la esposa de la usuaria de estas técnicas, determinar a su favor la filiación del nacido mediante las mismas. Más allá de lo discutible que puede resultar la fundamentación de esta decisión legislativa, lo que resultan palmarios son sus costes en forma de mengua evidente de la coherencia del sistema (tal y como ha sostenido también reciente y brillantemente, Roncesvalles Barber Cárcamo *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, 2014).

Finalmente, el capítulo cuarto, el último, trata de la determinación de la maternidad. El principio *mater Semper certa est* habría restado interés, básicamente por falta de problemática específica, a este aspecto de la filiación. La evolución experimentada respecto de la misma, en especial por la incidencia de las técnicas de reproducción asistida y, en particular, con la irrupción de la llamada gestación por sustitución ha hecho que cobre un especial y renovado atractivo la determinación de la maternidad. Las páginas que dedica la autora a esta cuestión de la maternidad subrogada –también en el capítulo anterior lo hace, al hilo del matrimonio homosexual de dos varones– retratan muy bien el ambiente de inseguridad jurídica en el que nos encontramos, lo menos deseable tratándose de filiación, a pesar de la prohibición tajante y la declaración de nulidad del contrato de gestación que recoge la Ley 14/2006 (cfr. art. 10). La actuación de la Dirección General de los Registros y del Notariado (mediante la Resolución de 18 de febrero de 2009 y la Instrucción de 5 de octubre de 2010), ampliamente criticada por la doctrina y por los tribunales, pondrían de manifiesto ese desmontaje del sistema ya aludido o directamente el patrocinio de un *no-sistema* respecto de la filiación por la vía de la desautorización de los principios que lo articulan. Todo ello, como bien denuncia la autora –y es el verbo más adecuado–, en defensa de unos intereses perfectamente descriptibles y de unos más que discutibles derechos a ser madre o a ser padre.

El libro de Maricela Gonzales no concluye con grandes declaraciones ni proyecciones (ni se inicia tampoco con nada parecido). No son necesarias porque a lo largo del texto va dejando claro el panorama (no muy alentador, desde luego) con el que nos enfrentamos los españoles en cuanto a la regulación de la filiación y lo que puede depararnos el futuro en este ámbito. Dado como están transcurriendo las cosas y el modo en que determinados intereses se están imponiendo

—una vez más hay que repetirlo: contra la propia coherencia del sistema de determinación de la filiación y los principios que lo sustentan—, no nos parece del todo impropio invocar la verdad en el Derecho. Incluso, aunque no compartamos su planteamiento hasta el fin, habría que reivindicar, como hacía unos años Andrés Ollero (*Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, EUNSA, Pamplona, 2005), cierto «derecho a la verdad» en la labor del jurista estudioso del derecho. Y es que, como éste señalaba, «Hacer ciencia, con su búsqueda teórica, perdería sentido sin apuntar a una verdad implícita». Sin duda, se trata de una buena descripción de lo que ha hecho Maricela Gonzáles en esta excelente monografía.

César HORNERO MÉNDEZ
Profesor Contratado Doctor
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

MATEO Y VILLA, Iñigo: *El derecho de retención*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, 261 pp.

1. Presentación y valoración general de la obra. El título de la obra del Dr. Iñigo Mateo y Villa, *El derecho de retención*, es deliberadamente genérico, pues presenta el derecho de retención como una institución unitaria, con características comunes a todos los casos en que es de aplicación, y ello en distintos ordenamientos jurídicos en los que, como en el español, el derecho de retención no tiene una regulación específica y unitaria como institución jurídica. La investigación se basa en el estudio de la figura en el Derecho Civil español, especialmente en el Código Civil, que se toma como exponente de una familia de códigos, que el autor denomina «de matriz francesa», en los que la regulación del derecho de retención «ha de inferirse —con no pocas dificultades— a partir de artículos dispersos, confusos, equívocos, insuficientes, y, a veces, aparentemente contradictorios» (página 100). Aunque una parte importante de los numerosos argumentos doctrinales y legales que emplea el autor se refieren a códigos civiles seguidores del «sistema francés», el autor no descuida, pues su libro es una obra de investigación seria y sólida, los argumentos tomados de códigos seguidores del «sistema alemán», que se caracterizan por presentar de manera estructurada, con mayor o menor extensión, la figura del derecho de retención.

Mi valoración de la obra es muy positiva; su lectura amena, una estructura clara y una argumentación coherente, basada en unos extensos materiales bibliográficos y jurisprudenciales, hacen ya de este libro una obra de referencia para cualquier jurista interesado en el estudio del derecho de retención. La calidad de la obra viene, además, refrendada por su origen, pues su versión inicial constituyó la tesis doctoral que el Dr. Mateo y Villa defendió en la Facultad de Derecho de Almería en el año 2012, bajo la dirección del Dr. Álvaro Núñez Iglesias.

El juicio muy favorable que la obra del Dr. Mateo y Villa me merece no significa que yo comparta todos sus presupuestos metodológicos o algunas de sus conclusiones. Es preciso destacar que, de una obra jurídica, desde luego es importante su construcción y su configuración en sí mismas consideradas, pero también que sea capaz de incitar al lector a la duda y a la reflexión, dándole materiales y propiciando argumentos para ello. Ello deriva

del concepto mismo del Derecho como ciencia cuya materia objeto de estudio deriva esencialmente de la conducta humana, realidad que, por esencia, es variable. En definitiva, lo importante no es que el lector jurista esté de acuerdo con la obra que lee, sino que ésta se haga entender, respetar y brinde argumentos que han de propiciar el ulterior debate doctrinal. La obra del Dr. Mateo y Villa se inscribe plenamente en esta línea: no sólo es importante en sí misma considerada, sino también por lo mucho que ella sugiere.

De las conclusiones de la obra, quizás la principal es la consideración del derecho de retención como una institución unitaria, de la que es posible establecer una teoría general (véanse especialmente las páginas 145 y 228). Ello constituye una aportación teórica muy valiosa, pues puede justificar una interpretación extensiva de los preceptos que se refieren al derecho de retención, así como la aplicación analógica de los mismos a supuestos que no estén específicamente regulados. Así mismo, podemos destacar la opinión del autor en cuanto a la naturaleza del derecho de retención, cuestión controvertida y nada sencilla. En concreto, afirma que el de retención no es un derecho, sino una simple facultad, porque en el Código Civil no lleva asociada ninguna acción, sino una mera excepción por la que el retentor se opone a la restitución de lo retenido; aún así, el autor es partidario de mantener la denominación tradicional de «derecho» de retención (páginas 72 y 225).

2. Estructura. El libro del Dr. Mateo y Villa se estructura en cinco capítulos, que culminan en un apartado dedicado a las conclusiones. Así mismo, el libro incluye unos apéndices con detalladas reseñas de las fuentes, la bibliografía y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el autor ha utilizado para construir su argumentación.

El capítulo 1, titulado «Lo que no es derecho de retención», está dedicado a desbrozar el concepto de derecho de retención, descartando toda una serie de situaciones en las que, si bien se produce una situación de retención posesoria, no se trata propiamente de un derecho de retención; éste es el caso, por ejemplo, de la retención para compensar, o la que se produce en el derecho de prenda.

El capítulo 2, bajo el título genérico de «El derecho de retención», incluye el concepto de esta institución, las distintas formas de regulación y las clases o tipología del derecho de retención, según sea su función, la naturaleza del crédito o el origen de la cosa retenida, entre otros extremos.

En el tercer capítulo del libro («Ejercicio del derecho de retención») se tratan temas esenciales, como la relación entre retención y posesión, si es posible tratar el derecho de retención como una sola institución y si la regulación de este derecho es aplicable por analogía.

El capítulo 4, bajo el título genérico de «Supuestos prácticos», trata toda una serie de cuestiones heterogéneas. En este sentido, se estudian los diferentes casos de derecho de retención en el Código Civil (así, entre otros, en el mandato, el depósito y el usufructo), pero también fuera del mismo (por ejemplo, en la Ley reguladora del contrato de transporte terrestre de mercancías). Este capítulo trata también una cuestión transversal, como es la de los frutos de la cosa retenida, y finaliza con un apartado dedicado al tratamiento del derecho de retención en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuestión que, por su contenido, quizás tendría mejor ubicación en otro u otros de los capítulos de la obra.

El estudio del derecho de retención finaliza con un capítulo, el quinto, dedicado a «Los terceros». En él, el autor trata temas fundamentales, como el de la oponibilidad del derecho de retención frente a terceros, su acceso al

Registro de la Propiedad –que no es posible ni por inscripción ni por medio de anotación preventiva– y la situación del derecho de retención en caso de concurso de acreedores.

3. Metodología. Desde el punto de vista de la metodología que el Dr. Mateo y Villa ha empleado en su obra, debo valorar muy positivamente la casi exhaustiva referencia a la doctrina española que ha estudiado el derecho de retención, así como la abundante cita de autores extranjeros.

El autor también utiliza con eficacia materiales y argumentos del derecho histórico, con los que justifica adecuadamente las opiniones vertidas en relación con el Derecho vigente. Sin embargo, yo hubiese preferido un enfoque distinto y más preciso del estudio de la regulación vigente del derecho de retención a partir de los materiales que ofrece la Historia del Derecho. En mi opinión, los argumentos del derecho histórico se utilizan con frecuencia de manera meramente acumulativa, como una suma de argumentos poco estructurada, por lo menos hasta llegar a la época de la codificación. En este sentido, encontramos el esquema habitual de la mayoría de obras de investigación: del estudio del tema en el Derecho Romano se pasa directamente al Código Civil francés –por la influencia que tuvo en el español–, haciendo una breve escala en las Partidas (así, véanse las páginas 93 a 98). Desde luego, los argumentos aportados por estos materiales son útiles, y el Dr. Mateo y Villa los estudia con toda corrección. Sin embargo, en la periodificación citada podemos constatar lagunas temporales demasiado extensas, en las que, sin duda, se habrán formulado argumentos y opiniones interesantes para entender la regulación del derecho de retención vigente en cada época; así, sin duda, una obra de esta envergadura hubiese merecido un estudio del derecho de retención en la doctrina de los juristas *les ius commune* y en la de los principales representantes del iusnaturalismo racionalista, por su posterior influencia en las codificaciones civiles.

Un punto fuerte del libro, desde el punto de vista de la metodología, es la intensa referencia al derecho comparado. Así, además de la utilización habitual de argumentos tomados de los códigos civiles de nuestro entorno cultural más inmediato, el autor hace también referencia a muchos otros códigos, como los de diferentes países latinoamericanos, la Louisiana, el Québec, Filipinas, Marruecos e incluso el proyecto de código civil de China.

El estudio de las soluciones que otros ordenamientos dan a las cuestiones que plantea el derecho de retención reviste una especial transcendencia –podemos incluso decir que es imprescindible– para entender bien la regulación de esta figura en casos como el del Código Civil español, donde, como ya hemos indicado, la regulación del derecho de retención es embrionaria y deslavazada. En este sentido, el estudio de otras legislaciones y doctrinas puede aportar ideas y argumentos útiles para explicar la regulación del derecho de retención en el Derecho español, interpretarla e integrarla.

Si bien, como acabo de indicar, la utilización que el Dr. Mateo y Villa hace del Derecho comparado es digna de elogio, observo en ella una ausencia que, en mi modesta opinión, parece difícil de justificar: la de la regulación del derecho de retención en el Código Civil de Cataluña (véanse, fundamentalmente, los arts. 569-3 a 569-11 CCCat). Desde luego, el autor conoce la regulación del derecho de retención en el citado Código Civil, a la que califica de «minuciosa» (página 104, nota 47), pero prácticamente no la utiliza a lo largo del libro; paradójicamente, se hace referencia al derecho de retención catalán en las conclusiones de la obra, en relación con el *ius distrahendi* (página 228). Sorprende que, no sólo por la proximidad geográfica y cultural,

sino también por la opinión favorable que la regulación catalana del derecho de retención ha merecido en la doctrina, prácticamente no se hayan utilizado argumentos extraídos de los arts. 569-3 a 569-11 CCCat; en mi opinión, ello hubiese sido muy útil en algunos puntos de la obra.

Veamos un ejemplo. En las páginas 137 y 138, se indica que el deudor no puede imponer al retentor la substitución del derecho de retención por otra garantía. Podemos decir que el autor llega a esta conclusión –que es perfectamente defendible– «a tientas» o basándose en el sentido común –lo que no es poco– pues el Código Civil español ni trata el tema ni da pista alguna para solucionarlo. En cambio, el art. 40 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, que el Dr. Mateo y Villa cita, prevé la posibilidad de substituir el derecho de retención sobre las mercancías retenidas por una «caución suficiente». Este precepto se inspira, sin duda, en la regulación catalana del derecho de retención –que no se cita– en la que el artículo 569-11 CCCat permite en cualquier caso, tanto al deudor como al propietario de la cosa retenida, *imponer* la substitución del derecho de retención por otra garantía real o por la fianza solidaria de una entidad de crédito. En mi opinión, sería posible adoptar este criterio en el ámbito del Código Civil español, pues el silencio de este cuerpo legal no lo impide. Además, ello sería deseable, en tanto que socialmente útil, pues el derecho de retención puede ser una garantía excesivamente agresiva en determinados casos, produciendo en el deudor un perjuicio desproporcionado en relación con el importe de la deuda, lo que justifica que el deudor pueda *imponer* al retentor la substitución de la garantía. Pensemos, por ejemplo, en el caso del pequeño transportista, trabajador autónomo, que lleva su furgoneta de reparo –en realidad, todo su capital– a reparar. Si ante el impago de la reparación, el taller retiene la furgoneta, el perjuicio causado a ese trabajador parece excesivo, no sólo por la desproporción entre el valor del vehículo y el de la reparación, sino también, y sobre todo, porque ese trabajador se ve desposeído de su principal herramienta de trabajo; en este caso, la posibilidad de substituir el derecho de retención por otra garantía deviene esencial. Por ello, ante el silencio del Código Civil español, sería no sólo jurídicamente posible, sino también socialmente útil adoptar este criterio. En definitiva, el Derecho comparado, e incluso en este concepto todos los Derechos Civiles que coexisten en España, debe ser una fuente de inspiración para proponer soluciones viables a los defectos y lagunas del Derecho propio.

Pedro DEL POZO CARRASCOSA
Catedrático de Derecho civil
Universitat Rovira i Virgili

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.– II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque.– III. *Derecho concursal*.– IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.– V. *Derecho de la Unión Europea*.– VI. *Derecho procesal*.– Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

BELLIDO BARRIONUEVO, María: «La iniciativa ciudadana europea: una oportunidad para los ciudadanos y las instituciones europeas», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 45 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La Doctrina Jurisprudencial vinculante», en *ACM*, vol. 2, núm. 4, 2014, pp. 65 ss.

BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro: «Los registradores mercantiles se encargarán de la gestión del Registro Civil: un paso más hacia la privatización de la Administración de Justicia», en *Diario la Ley*, núm. 8366, 2014.

FOSSAS ESPADALER, Enric: «La Competència sobre les bases de les obligacions contractuals. Una aproximació constitucional», en *RJC*, núm. 2, 2014, pp. 355 ss.

FREIXES SANJUÁN, Teresa: «Secesión de Estados e integración en la Unión Europea. A propósito del debate sobre la permanencia en la Unión de Escocia y Cataluña como Estados segregados del Reino Unido y España», en *RJC*, núm. 2, 2014, pp. 297 ss.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Unde venies et quo vadis ius nipponicum?*: (En torno a una introducción al Derecho japonés actual)», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 509 ss.

- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «125 Aniversario del Código Civil: ¿Su futuro?», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 189 ss.
- LÓPEZ-MEDEL BASCONES, Jesús: «La Constitución Europea como instrumento jurídico», en *RGLJ*, núm. 2, 2014, pp. 261 ss.
- MONEDERO SAN MARTÍN, Francisco Javier: «El Código Civil y sus contradicciones: ¿cuestión resuelta?», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 443 ss.
- PINTOS SANTIAGO, Jaime: «El proceso de formación normativa del actual sistema de mediación», en *Diario La Ley*, núm. 8322, 2014.
- RIDAO MARTÍN, Joan: «La Unió Europea i els nous Estats sorgits per secessió dels seus membres. Una hipòtesi per a Catalunya», en *RJC*, núm. 2, 2014, pp. 331 ss.
- RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando: «Sistemas adecuados de resolución de disputas (ADRS) en el comercio internacional», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 47 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Derecho y literatura: la colección «Prosas y versos de juristas». «El Derecho civil en versos»», en *RGLJ*, núm. 2, 2014, pp. 363 ss.
- SORO RUSSELL, Olivier: «¿Códigos de conducta o legislación?», en *RGLJ*, núm. 1, 2014, pp. 77 ss.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo: «El Concepto plural de error en el Derecho Público», en *RJC*, núm. 3, 2014, pp. 711 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ALEMANY GARCÍA, Macario: «Las fronteras de la autonomía en el ámbito clínico: el caso de los wannabe», en *AFDUAM*, núm. 18, 2014, pp. 231 ss.
- ÁLVAREZ CARO, María: «Reflexiones sobre la sentencia del TJUE en el asunto «Mario Costeja» (C-131/12) sobre derecho al olvido», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 165 ss.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M.^a Isabel y MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico de: «La protección del menor como víctima frente al derecho constitucional de defensa. Aspectos constitucionales de la victimización secundaria», en *DPC*, núm. 27, 2013, pp. 251 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 25 de junio de 2013. Derechos de retransmisión televisiva de un partido de fútbol», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 99 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 2, 2014, pp. 23 ss.
- CACHO SÁNCHEZ, Yaelle: «Fundamento de las críticas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Del Río Prada c. España», en *RDCE*, núm. 148, 2014, pp. 491 ss.

- CADENAS GARCÍA, Isabel, y SÁNEZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ MAMPASO, Oscar: «Formas de aportar la dotación de las fundaciones», en *Diario la Ley*, núm. 8353, 2014.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: «Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 2, 2014, pp. 2 ss.
- CASAS PLANES, María Dolores: «El menor de edad desamparado en el Derecho español y francés (referencia al modelo francés tras la reforma por Ley de 5 de marzo de 2007, «portant réforme de la protection de l'enfance». Propuestas de cambio)», en *RCDI*, núm. 744, 2014, pp. 1781 ss.
- CAVALLÉ CRUZ, Alfonso: «Hacia la efectiva igualdad de las personas con discapacidad», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 227 ss.
- COBAS COBIELLA, M.^a Elena: «Notarios y juicio de capacidad: comentario a la Sentencia número 140/2013, de 20 de marzo, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 437 ss.
- CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: «El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1)», en *Diario la Ley*, núm. 8349, 2014.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «La tutela judicial efectiva en los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas sobre protección de menores y adopción», en *ACM*, vol. 2, núm. 5, 2014, pp. 37 ss.
- DÍAZ PARDO, Gloria: «La incapacidad como procedimiento necesario en la defensa de nuestros mayores», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 2, 2014, pp. 8 ss.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «Prodigalidad y protección de los hijos menores en el ámbito patrimonial», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 2, 2014, pp. 63 ss.
- ESCRIBANO VINDEL, Carlos: «El Acceso, cada vez más complejo, de las parejas de hecho a la pensión de viudedad», en *RJC*, núm. 3, 2014, pp. 739 ss.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «El Dret d'oposició dels creditors a la fusió de les fundacions en el llibre III del Codi Civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 3, 2014, pp. 655 ss.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «¿A quién pertenecen los embriones? Fecundación humana asistida y crisis de pareja», en *AFDUAM*, núm. 18, 2014, pp. 331 ss.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José M.^a: «El concurso de personas físicas y su incidencia en el Derecho de familia. Una aproximación a la práctica judicial», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 24 ss.
- GARCÍA DE PABLOS, Jesús Félix: «La invalidez de la Directiva europea sobre conservación de datos», en *RDNT*, núm. 35, 2014, pp. 23 ss.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: «La interrelación entre el Derecho comunitario y el español con respecto al concepto de publicidad a efectos de limitación de su tiempo de emisión televisiva», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 81 ss.
- GUDE FERNÁNDEZ, Ana: «La videovigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad», en *RDNT*, núm. 35, 2014, pp. 109 ss.

- HEREDIA CERVANTES, Iván: «Competencia judicial internacional y derechos morales de propiedad intelectual», en *Diario la Ley*, núm. 8386, 2014.
- ILESIC, M.: «El gestor de un motor de búsqueda en Internet es responsable del tratamiento que aplique a los datos de carácter personal que aparecen en las páginas web publicadas por terceros: TJ Gran Sala, S 13 May. 2014», en *La Ley Unión Europea*, núm. 16, 2014, pp. 35 ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar y PRESNO, Miguel Ángel: «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 9 ss.
- JORDANO LUNA, Martín: «Las fusiones voluntarias entre fundaciones», en *La Ley Mercantil*, núms. 4-5, 2014, pp. 38 ss.
- LEGERÉN MOLINA, Antonio: «La tutela ejercida por persona jurídica. Algunas ideas para su reforma», en *RCDI*, núm. 744, 2014, pp. 1611 ss.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, y PORCUNA DE LA ROSA, Fidel: «La STJUE Brüstle y sus implicaciones para la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas», en *AFDUAM*, núm. 18, 2014, pp. 171 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «La promoción interactiva dirigida al público infantil y adolescente: en la frontera de la información y la persuasión», en *CDC*, núm. 59, 2013, pp. 183 ss.
- LOZANO GAGO, M.^a de la Luz: «La objetivación del recurso de amparo», en *Diario la Ley*, núm. 8411, 2014.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La protección del discapacitado en el ámbito de la propiedad horizontal», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 2, 2014, pp. 55 ss.
- MARTÍN BRICEÑO, M.^a del Rosario: «La hipoteca inversa como instrumento de protección de las personas dependientes», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 2, 2014, pp. 41 ss.
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico de, y ÁLVAREZ VÉLEZ, M.^a Isabel: «La protección del menor como víctima frente al derecho constitucional de defensa. Aspectos constitucionales de la victimización secundaria», en *DPC*, núm. 27, 2013, pp. 251 ss.
- MORENO MARTÍN, M.^a Dolores: «El daño moral causado a las personas con discapacidad», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 627 ss.
- MUÑOZ, Joaquín: «El llamado “derecho al olvido” y la responsabilidad de los buscadores: comentario a la sentencia del TJUE de 13 de mayo 2014», en *Diario la Ley*, núm. 8339, 2014.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis: «La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)», en *AFDUAM*, núm. 18, 2014, pp. 289 ss.
- OLMEDO PALACIOS, Manuel: «La sentencia del TEDH en el asunto S. A. S. c. Francia [GC], núm. 43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos», en *Diario la Ley*, núm. 8363, 2014.

- PAÑOS PÉREZ, Alba: «Sentencia del 18 de febrero de 2013. La ponderación entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 13 ss.
- PARRA BAUTISTA, José Ramón: «De la «Segunda Oportunidad» y la clasificación concursal que ha de darse al crédito hipotecario insatisfecho tras la ejecución de la vivienda habitual del consumidor persona física», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 34 ss.
- PECORELLA, Claudia: «La objeción de conciencia en el ámbito sanitario: tratamiento legal y jurisprudencial en una perspectiva comparada», en *AFDUAM*, núm. 18, 2014, pp. 249 ss.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Determinación de filiación extramatrimonial por posesión de estado de mujer homosexual tras la ruptura de relación de pareja con otra mujer, madre biológica del menor nacido mediante técnica de reproducción asistida. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. Voto particular», en *ACM*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp. 61 ss.
- PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge: «La responsabilidad internacional de la Unión Europea derivada de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *REDE*, núm. 50, 2014, pp. 41 ss.
- PRESNO, Miguel Ángel, y JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 9 ss.
- RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: «El derecho a la intimidad ante la difusión in consentida de imágenes facilitadas por el propio titular: a propósito del caso Hormigos», en *AC*, núm. 9, 2014.
- RIPOL CARULLA, Santiago, y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio: «Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma (a propósito de la STC 26/2014, de 13 de febrero)», en *REDE*, núm. 50, 2014, pp. 105 ss.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: «Los ficheros de solvencia patrimonial y el derecho al honor (Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 22 de enero de 2014)», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 459 ss.
- RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN, David: «Final de vida y donación de órganos: una relación tensa», en *AFDUAM*, núm. 18, 2014, pp. 351 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Los bienes de la personalidad en Federico de Castro y sus coetáneos», en *RGLJ*, núm. 1, 2014, pp. 59 ss.
- SALAS MURILLO, Sofía de: «Repensar la curatela», en *DPC*, núm. 27, 2013, pp. 11 ss.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Miguel: «TC vs TS en relación con la vulneración de los derechos de un discapacitado: comentario a la STC de 16 de diciembre de 2013», en *Diario la Ley*, núm. 8346, 2014.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Intromisión ilegítima al derecho al honor: la aplicación del artículo 16 LSSICE a os foros de discusión disponibles en la

red: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 805/2013, de 7 de enero», en *RDNT*, núm. 35, 2014, pp. 327 ss.

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel: «La Doctrina Parot ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: derechos a la legalidad penal y a la libertad. (STEDH, as. Del Río Prada vs. España, de 21-10-2013)», en *REDE*, núm. 50, 2014, pp. 151 ss.

TORO PEÑA, Juan Antonio: «Dato personal: defensa, incidencia en la persona jurídica y en la globalización», en *Diario la Ley*, núm. 8369, 2014.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, y RIPOL CARULLA, Santiago: «Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma (a propósito de la STC 26/2014, de 13 de febrero)», en *REDE*, núm. 50, 2014, pp. 105 ss.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Intromisión ilegítima en la imagen y en el honor de un discapacitado, por emisión de una entrevista y difusión de la misma en una página web, debido a la falta de consentimiento expreso del mismo: comentario a la STC 208/2013, de 18 de diciembre», en *RDNT*, núm. 317, 2014, pp. 23 ss.

ZUMAQUERO GIL, Laura: «Criterios de determinación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente que repercuten en el consumidor el pago del impuesto de plusvalía y los gastos de alta en los distintos suministros necesarios para la habitabilidad de la vivienda: Comentario a la STJUE, sala Primera, de 16 de enero de 2014, asunto C-226/2012, «Constructora Principado, s. a. y José Ignacio Menéndez Álvarez»», en *La Ley Unión Europea*, núm. 15, 2014, pp. 14 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALCOVER GARAU, Guillermo: «La actual crisis económica y la irrupción de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿un nuevo foco de litigiosidad mercantil?», en *La Ley Mercantil*, núms. 4-5, 2014, pp. 4 ss.

ALISTE SANTOS, Tomás J.: «El origen histórico de los *punitive damages* como presupuesto de su rechazo procesal en los países de *civil law*», en *PDD*, núm. 119, 2014, pp. 20 ss.

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Sentencia de 20 de enero de 2014. Contrato de permuta financiera con entidad mercantil. Servicio de asesoramiento financiero. Error en el consentimiento; incumplimiento de las obligaciones de información y del test de idoneidad por la entidad financiera», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 631 ss.

ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro: «El mediador en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario la Ley*, núm. 8328, 2014.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: «Responsabilidad civil derivada de transmisión del VIH/SIDA por vía sexual en el ámbito jurídico español», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 229 ss.

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: «Sentencia de 23 de septiembre de 2013. No procedencia de moderación de la pena prevista para supuesto de incumplimiento parcial», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 309 ss.
- ANCHÓN BRUÑÉN, M.^a José: «Las engañosas ventajas de inscribir un contrato de arrendamiento en el Registro de la propiedad», en *Diario la Ley*, núm. 8340, 2014.
- «Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo», en *Diario la Ley*, núm. 8366, 2014.
- ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: «Sentencia de 13 de mayo de 2013. Venta por quien fue dueño de la cosa y doble venta: ¿Concurso de normas o diversidad de supuestos?», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 51 ss.
- AVILÉS GARCÍA, Javier: «Usos y prácticas en la contratación de consumo después de la transposición de la normativa europea», en *ACM*, vol. 2, núm. 5, 2014, pp. 71 ss.
- «Política de acceso a la vivienda, arrendamiento vigilado y libertad de mercado en la nueva LAU», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 49 ss.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», en *Diario la Ley*, núm. 8330, 2014.
- «Integración de cláusulas abusivas sobre elementos esenciales en beneficio del deudor y no del banco: la STJUE de 30 de abril de 2014», en *Diario la Ley*, núm. 8383, 2014.
- BALDERAS BLANCO, Santi: «La eficiencia en la información precontractual sobre el derecho de desistimiento en contratos a distancia», en *Diario la Ley*, núm. 8394, 2014.
- BASTANTE GRANELL, Víctor: «Sobreendeudamiento e insolvencia del consumidor en Portugal», en *RDC*, núm. 3, 2014, pp. 121 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia del 30 de Abril de 2013. Moderación o interpretación restrictiva de la cláusula penal», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 35 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Líneas maestras de la ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», en *AC*, núm. 6, 2014.
- «La acción rescisoria por fraude de acreedores o acción pauliana (a propósito de la sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de septiembre de 2012)», en *CDC*, núm. 59, 2013, pp. 315 ss.
- «La cláusula «rebus sic stantibus». A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala Primera, de 17 de enero de 2013», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 13 ss.
- «La reforma del Real Decreto-ley 6/21012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos por la Ley 1/2013, de 14 de mayo», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 88 ss.

- BERNAD MAINAR, Rafael: «Una perspectiva comparada en torno a la exigibilidad del precontrato y la responsabilidad frente a su incumplimiento», en *RCDI*, núm. 743, 2014, pp. 1233 ss.
- BLANCO GARCÍA-LOMAS, Leandro: «La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea (art. 83 TRLGDCU)», en *La Ley Mercantil*, núm. 3, 2014, pp. 48 ss.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: «El consentimiento informado como elemento esencial de la *lex artis*», en *ACM*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp. 89 ss.
- BLANDINO GARRIDO, M.^a Amalia: «Donación de vivienda familiar que evita la atribución del uso al hijo menor y a la madre conviviente: falta de apreciación de oficio de la nulidad de la donación simulada: comentario de la STS de 13 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1341)», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 399 ss.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: «Libertad contractual y restricción de los actos de asistencia financiera», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 25 ss.
- BONET NAVARRO, José: «Algunas consideraciones críticas sobre la respuesta legal frente a la conflictividad en los arrendamientos de vivienda», en *Diario la Ley*, núm. 8417, 2014.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra: «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional en el Caso Google», en *PDD*, núm. 120, 2014, pp. 96 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Sentencia 29 de octubre de 2013. Contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap): ausencia de error invalidante. Improcedencia de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 415 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «El consentimiento presunto o autorización del paciente inferida de otras intervenciones anteriores», en *DPC*, núm. 27, 2013, pp. 123 ss.
- CAMPOS VIDAL, José Francisco: «La supervisión de la mediación, un instrumento para la calidad», en *AC*, núm. 6, 2014.
- CASTAÑOS CASTRO, Paula: «La responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los daños causados en los vehículos de sus clientes», en *ACM*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp. 37 ss.
- CASTELLANOS RUIZ, Esperanza: «Contrato internacional de consumo: voluntad de dirigir la actividad profesional al estado miembro del consumidor», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 135 ss.
- CATENA REAL, Rosa: «La reciente normativa en materia de transparencia referida a los préstamos hipotecarios», en *Diario la Ley*, núm. 8402, 2014.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Sentencia de 13 de septiembre de 2013. Calificación por el Registrador de las cláusulas de vencimiento anticipado contenidos en escritura de constitución de hipoteca. Impugnación ante la jurisdicción civil de una Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 291 ss.

- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte I)», en *RCDI*, núm. 744, 2014, pp. 1717 ss.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de: «La STS (Sala Primera, recurso 928/2010) de 19 de febrero de 2014: un repertorio de cuestiones de responsabilidad civil (contractual)», en *PDD*, núm. 120, 2014, pp. 6 ss.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: «¿Responsabilidad civil «ex delicto» de un banco por la crisis nerviosa del cliente que presencié un atraco?», en *RDBB*, núm. 134, 2014, pp. 197 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Calificación por el Registrador de las cláusulas de vencimiento anticipado contenidas en escritura de constitución de hipoteca. Impugnación ante la jurisdicción civil de una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 259 ss.
- ELIZALDE, Francisco de: «Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil», en *Indret*, núm. 3/2014.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: «La responsabilidad civil precontractual», en *RGLJ*, núm. 2, 2014, pp. 207 ss.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Bases romanísticas del arbitraje actual. Análisis de las concordancias entre el Derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje», en *RCDI*, núm. 743, 2014, pp. 1105 ss.
- FERNÁNDEZ LAGO, Belén: «Examen de la última jurisprudencia en materia de contrato de compraventa», en *Diario la Ley*, núm. 8337, 2014.
- GARCÍA TERUEL, Rosa M.^a: «Participaciones preferentes. Un producto complejo en manos de consumidores», en *RJC*, núm. 2, 2014, pp. 397 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 3 de julio de 2013. Resolución de contrato de compraventa de vivienda por retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega. Intermediación del plazo: cláusula abusiva», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 115 ss.
- GIMENO RIBES, Miguel: «Sobre la aplicabilidad de las acciones edilicias al contrato de compraventa de empresa (a propósito de la sentencia del TS 230/2011, de 30 de marzo (RJ\2011\3133))», en *CDC*, núm. 59, 2013, pp. 355 ss.
- GÓMEZ BERNARDO, Natalia: «Prescripción extintiva e imputación objetiva (riesgos de desarrollo) en la responsabilidad civil: a propósito de la STS, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 2014», en *Diario la Ley*, núm. 8412, 2014.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Prenda de créditos y concurso», en *RCDI*, núm. 743, 2014, pp. 1153 ss.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, M.^a Angels: «El régimen jurídico de las ventas en pública subasta tras la aprobación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU», en *La Ley Mercantil*, núms. 4-5, 2014, pp. 50 ss.
- IGLESIAS GARCÍA, Miriam: «Inscripción en el Registro de la propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarios: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria», en *Diario la Ley*, núm. 8409, 2014.

- ISERN SALVAT, M.^a Rosa: «Las condiciones generales del contrato de seguro», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 457 ss.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal», en *RCDI*, núm. 744, 2014, pp. 1585 ss.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «La moderna dación en pago», en *RDC*, núm. 3, 2014, pp. 89 ss.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales», en *CDC*, núm. 59, 2013, pp. 85 ss.
- LOPERA PERALES, Antonio: «Dificultades en la configuración de garantías a favor del avalista en operaciones de préstamo concedidas a sociedades (comentario a la resolución de 2 de enero de 2013 de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 247 ss.
- LÓPEZ AZCONA, M.^a Aurora: «Incidencia del ejercicio de los derechos legales de adquisición preferente en el contrato de que traen causa», en *AC*, núm. 6, 2014.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José M.^a: «La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre la cláusula suelo: una sentencia reiterativa e insuficiente», en *Diario la Ley*, núm. 8411, 2014.
- LÓPEZ PEDRÓS, Antoni: «La acción directa en el transporte terrestre», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 287 ss.
- LOZANO CUTANDA, Blanca y POVEDA GÓMEZ, Pedro: «Ley 11/2014, de 3 de julio, de modificación de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental: análisis de sus novedades», en *Diario la Ley*, núm. 8356, 2014.
- MACÍAS BLANCO, M.^a Jesús: «La responsabilidad por el desempeño de la actividad judicial (1)», en *Diario la Ley*, núm. 8369, 2014.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La *exceptio non adimpleti contractus* por daños causados en los contratos de arrendamiento de servicios en la ejecución de una obra», en *PDD*, núm. 119, 2014, pp. 134 ss.
- «El derecho de exclusiva de las agencias inmobiliarias en las compraventas», en *Diario la Ley*, núm. 8400, 2014.
- MALLANDRICH MIRET, Núria: «La Apresiasión de cláusulas abusivas como causa de oposición a la ejecución hipotecaria. Un estudio de las resoluciones judiciales recientes», en *RJC*, núm. 2, 2014, pp. 385 ss.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Sentencia de 22 de octubre de 2013. Resolución por el contrato de compraventa por retraso en la entrega y mutuo disenso», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 375 ss.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «Función notarial y arbitraje. Convenio y laudo arbitral», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 13 ss.
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Obligaciones contractuales y extracontractuales: la internacionalización de la relación a través del ejército de la auto-

nomía de la voluntad en los Reglamentos Roma I y Roma II», en *RGLJ*, núm. 2, 2014, pp. 273 ss.

MATEO Y VILLA, Iñigo: «Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje», en *RCDI*, núm. 743, 2014, pp. 1167 ss.

MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Sentencia de 25 de noviembre de 2010. Responsabilidad civil extracontractual del suministrador de un producto médico utilizado en operaciones de cirugía estética, y suministrado con una información errónea y relevante para su implantación en el cuerpo humano, en relación con la dificultad para su extracción», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 531 ss.

MORENO MARTÍN, M.^a Dolores: «El daño moral causado a las personas con discapacidad», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 627 ss.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: «¿Imputación objetiva o responsabilidad objetiva?: comentario a la STS 126/2014, de 18 de marzo», en *Diario la Ley*, núm. 8346, 2014.

MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Afectación de la declaración de cláusula abusiva en la comercialización de operaciones bancarias (1)», en *Diario la Ley*, núm. 8400, 2014.

MUÑOZ PAREDES, M.^a Luisa: «La aplicación del artículo 1597 CC en casos de pago mediante entrega de pagarés», en *RDBB*, núm. 134, 2014, pp. 35 ss.

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «La operatividad de la resolución por incumplimiento en el marco de las subastas judiciales forzosas», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 267 ss.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», en *RDC*, núm. 3, 2014, pp. 37 ss.

PALACIOS LÓPEZ, Raquel: «El buque como objeto de la garantía hipotecaria en los contratos de préstamo: una ficción necesaria para su financiación», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 69 ss.

PANIZA FULLANA, Antonia: «La Propuesta de Directiva relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje: ¿El reconocimiento de la nueva realidad?», en *ACM*, vol. 2, núm. 4, 2014, pp. 51 ss.

PAÑOS PÉREZ, Alba: «Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*», en *Diario la Ley*, núm. 8396, 2014.

PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Sentencia de 21 de noviembre de 2013. Crédito documentario: pago al banco confirmador al beneficiario pese a conocer la existencia de orden judicial de retención de crédito dirigida al banco emisor», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 517 ss.

PÉREZ CONESA, Carmen: «Medidas protectoras de los deudores hipotecarios y el requisito de «unidad familiar». Voto particular al Auto de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 2014 que desestima recurso de súplica del Ministerio Fiscal», en *ACM*, vol. 2, núm. 5, 2014, pp. 61 ss.

- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior», en *Diario la Ley*, núm. 8391, 2014.
- PÉREZ HERESA, Juan: «Los apoderamientos electrónicos en la Ley de Emprendedores», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 117 ss.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «La Resolución de litigios en línea en materia de consumo: el reglamento (UE) n.º 524/2013, de 21 de mayo de 2013», en *ACM*, vol. 2, núm. 3, 2014, pp. 43 ss.
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco: «Hipoteca de divisas: falta de información sobre los riesgos y consecuencias contractuales», en *RDBB*, núm. 134, 2014, pp. 125 ss.
- PINTOS SANTIAGO, Jaime: «El proceso de formación normativa del actual sistema de mediación», en *Diario La Ley*, núm. 8322, 2014.
- POZO SIERRA, Belén del: «Sentencia de 28 de noviembre de 2013. La prueba del hecho negativo del estado de conocimiento por un menor, de la falta de aseguramiento de un vehículo como supuesto de exoneración de responsabilidad a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 575 ss.
- POVEDA GÓMEZ, Pedro y LOZANO CUTANDA, Blanca: «Ley 11/2014, de 3 de julio, de modificación de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental: análisis de sus novedades», en *Diario la Ley*, núm. 8356, 2014.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal», en *Indret*, núm. 3/2014.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Jesús Manuel: «Prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros en favor de la Administración», en *RDC*, núm. 3, 2014, pp. 67 ss.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: «Prescripción de medicamentos fuera de ficha técnica e imputación objetiva (1) y (2)», en *Diario la Ley*, núms. 8323 y 8326, 2014.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «Devaluación de inmuebles y extinción de fianzas», en *Diario la Ley*, núm. 8414, 2014.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Efectos interruptores del proceso penal en la acción civil posterior», en *ACM*, vol. 2, núm. 5, 2014, pp. 578 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: «Sistema codificado de imputación de pagos: Problemas actuales y propuestas de futuro», en *RCDI*, núm. 743, 2014, pp. 835 ss.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo», en *Indret*, núm. 3/2014.
- SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos: «La «contratación bajo condiciones generales de la contratación» frente a la «contratación por negociación». Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad: análisis doctrinal al

hilo de la STS de 11 de marzo de 2014, referida al contrato de mantenimiento de ascensores», en *Diario la Ley*, núm. 8333, 2014.

SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «La modificación de la acción de cesación (art. 53 TRLGDCU): la incoherente complejidad de un sistema que pretende la protección del consumidor», en *La Ley Mercantil*, núm. 6, 2014, pp. 46 ss.

SELIGRAT GONZÁLEZ, Víctor Manuel: «Daños derivados del aprendizaje deportivo y responsabilidad de monitores deportivos. Análisis de la normativa aplicable a instructores deportivos y tratamiento jurisprudencial de los daños», en *PDD*, núm. 120, 2014, pp. 18 ss.

SERRANO GARCÍA, Ignacio: «Soluciones legales en materia de desahucios en España», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 97 ss.

SEVERIN FUSTER, Gonzalo Francisco: «La facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil y el concurso de acreedores», en *RCDI*, núm. 743, 2014, pp. 983 ss.

TAPIA HERMIDA, Antonio: «Pago mediante crédito documentario vs. acción directa del subcontratista», en *RDBB*, núm. 134, 2014, pp. 221 ss.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Los contratos de seguro y de mediación de seguros en la propuesta de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 23 ss.

TIZZANO, Antonio: «Derechos de los consumidores en caso de falta de conformidad: TJ Sala Primera, S 3 Oct. 2013», en *La Ley Unión Europea*, núm. 11, 2014, pp. 18 ss.

VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La inscripción del cese de los administradores y el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad», en *RCDI*, núm. 743, 2014, pp. 1033 ss.

VERDERA SERVER, Rafael Antonio: «Sentencia de 13 de noviembre de 2013. Cláusula resolutoria y retraso en la entrega de la vivienda», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 467 ss.

VILALTA REIXACH, Marc: «Els Convenis entre administracions públiques des d'un punt de vista contractual. El cas dels encàrrecs de gestió», en *RJC*, núm. 3, 2014, pp. 681 ss.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: «Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada: especial referencia a las cláusulas suelo en los préstamos bancarios», en *Diario la Ley*, núm. 8419, 2014.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «El seguro de responsabilidad civil de los administradores societarios, ante el concurso culpable (No siempre la culpa lata se equipara al dolo)», en *PDD*, núm. 119, 2014, pp. 6 ss.

ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «Publicidad y formación del contrato en el Derecho francés: paralelismos en el ordenamiento español», en *RGLJ*, núm. 1, 2014, pp. 93 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- AMÉRIGO, José Luis: «El mero registro del nombre de dominio no puede concebirse como un acto infractor de la marca ajena», en *Diario la Ley*, núm. 8330, 2014.
- ARAGUREN URRIZA, Francisco José: «Notas sobre la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley 8/2013, de Rehabilitación y su repercusión en la práctica notarial», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 371 ss.
- ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: «La representación geográfica de la finca y su coordinación con el catastro en el proyecto de Ley Hipotecaria», en *RDNT*, núm. 35, 2014, pp. 73 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, y BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl: «La interpretación y alcance aplicativo de los artículos 69 y 70 de la Ley de patentes de 1986», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 85 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Lecciones de Derecho Comunitario al hilo de la propiedad intelectual», en *ACM*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp. 55 ss.
- «Sentencia de 25 de junio de 2013. Derechos de retransmisión televisiva de un partido de fútbol», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 99 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La reforma del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos por la Ley 1/2013, de 14 de mayo», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 88 ss.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «Concepto de unidad familiar a efectos de la suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria: a propósito del ATC 129/2014, de 5 de mayo», en *Diario la Ley*, núm. 8414, 2014.
- CARRASCO PERERA, Ángel, y TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «El «Borrador» de Anteproyecto de Ley de Garantías Mobiliarias no es congruente con el sistema de garantías sobre aeronaves diseñado por el convenio de Ciudad del Cabo», en *Diario la Ley*, núm. 8365, 2014.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: «La inoperante reforma de la ejecución hipotecaria», en *AC*, núms. 7-8, 2014.
- CATENA REAL, Rosa: «La reciente normativa en materia de transparencia referida a los préstamos hipotecarios», en *Diario la Ley*, núm. 8402, 2014.
- CERVANTES GÓMEZ-ANGULO, Lucía: «Inoponibilidad del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar atribuido por resolución judicial frente a terceros propietarios. Acción de desahucio por precario», en *Diario la Ley*, núm. 8363, 2014.
- COLINA GAREA, Rafael: «Sobre la inconstitucionalidad del art. 123.3.º de la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia. Un análisis doctrinal y jurisprudencial a propósito de la STC 171/2012, de 4 de octubre», en *DPC*, núm. 27, 2013, pp. 77 ss.
- COSTAS RODAL, Lucía: «Novedades en materia de contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera del establecimiento tras la Ley 3/2014,

de 27 de marzo, de reforma del TRLCU/2007», en *ACM*, vol. 2, núm. 3, 2014, pp. 33 ss.

CLOVIS SIAKA, Danni: «La Responsabilidad civil del certificador del producto», en *ACM*, vol. 2, núm. 4, 2014, pp. 73 ss.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Algunas cuestiones de interés en la reciente doctrina de la Dirección General de Registros y el Notariado en materia de propiedad horizontal», en *ACM*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp. 67 ss.

ESPILEIRA SOTO, Inmaculada: «Nos sumergimos en la pluralidad: contenido de las capitulaciones matrimoniales y desplazamientos patrimoniales entre cónyuges», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 249 ss.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.^a de los Ángeles: «La cancelación del derecho de vuelo y sus aspectos registrales: comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 10394)», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 363 ss.

GALEOTE MUÑOZ, M.^a del Pilar: «La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación concursal», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 291 ss.

GARCÍA GARCÍA, M.^a de los Ángeles: «¿Por qué las comunidades de bienes no pueden contratar con el sector público?», en *Diario la Ley*, núm. 8325, 2014.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Prenda de créditos y concurso», en *RCDI*, núm. 743, 2014, pp. 1153 ss.

GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia: «Sobre la interpretación de la cláusula bolar por la jurisprudencia: conflictos y ponderación de los intereses en juego», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 79 ss.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «La impugnación del acta de notoriedad por exceso de cabida por falta de notificación a los propietarios de las fincas colindantes», en *Diario la Ley*, núm. 8381, 2014.

IGLESIAS GARCÍA, Miriam: «Inscripción en el registro de la propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarias: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria», en *Diario la Ley*, núm. 8409, 2014.

JIMÉNEZ CLAR, Antonio J.: «La identificación jurídica de los bienes inmuebles y el principio de especialidad registral», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 295 ss.

LÓPEZ AZCONA, M.^a Aurora: «Incidencia del ejercicio de los derechos legales de adquisición preferente en el contrato de que traen causa», en *AC*, núm. 6, 2014.

LYCZKOWSKA, Karolina Maja: «El caso Spanair o cómo blindar la prenda del saldo de una cuenta en el concurso», en *Diario la Ley*, núm. 8336, 2014.

MAGRO SERVET, Vicente: «La protección del discapacitado en el ámbito de la propiedad horizontal», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 2, 2014, pp. 55 ss.

MALLANDRICH MIRET, Núria: «La Apreciación de cláusulas abusivas como causa de oposición a la ejecución hipotecaria. Un estudio de las resoluciones judiciales recientes», en *RJC*, núm. 2, 2014, pp. 385 ss.

- MARTÍN BRICEÑO, M.^a del Rosario: «La hipoteca inversa como instrumento de protección de las personas dependientes», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 2, 2014, pp. 41 ss.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «Documentación y responsabilidad en el remolque transporte y en el remolque maniobra», en *ACM*, vol. 2, núm. 4, 2014, pp. 91 ss.
- MERCADAL VIDAL, Francisco: «La nulidad de marca solicitada de mala fe y efectos de la disposición transitoria segunda de la Ley de marcas (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 19 de febrero de 2014)», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 447 ss.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La suspensión de los lanzamientos en los procedimientos de ejecución hipotecaria en la Ley 1/2013, de 14 de mayo», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 74 ss.
- PALACIOS LÓPEZ, Raquel: «El buque como objeto de la garantía hipotecaria en los contratos de préstamo: una ficción necesaria para su financiación», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 69 ss.
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco: «Hipoteca de divisas: falta de información sobre los riesgos y consecuencias contractuales», en *RDBB*, núm. 134, 2014, pp. 125 ss.
- PUJOL CAPILLA, Purificación: «Fusiones bancarias: ¿es necesaria la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para instar la ejecución hipotecaria?», en *Diario la Ley*, núm. 8376, 2014.
- ROBLES LATORRE, Pedro: «La renuncia al derecho de propiedad», en *DPC*, núm. 27, 2013, pp. 49 ss.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Jesús Manuel: «Prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros en favor de la Administración», en *RDC*, núm. 3, 2014, pp. 67 ss.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Julio: «Ejecuciones hipotecarias. Un año de la Ley 1/2013», en *RDC*, núm. 3, 2014, pp. 105 ss.
- SÁIZ GARCÍA, Concepción: «La reforma del límite de ilustración de la enseñanza del art. 32 Textos Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 103 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Sentencia de 17 de julio de 2013. Nulidad parcial de ejecución hipotecaria y restitución de las fincas objeto de la misma», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 185 ss.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio: «Soluciones legales en materia de desahucios en España», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 97 ss.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina, y CARRASCO PERERA, Ángel: «El «Borrador» de Anteproyecto de Ley de Garantías Mobiliarias no es congruente con el sistema de garantías sobre aeronaves diseñado por el convenio de Ciudad del Cabo», en *Diario la Ley*, núm. 8365, 2014.

DERECHO DE FAMILIA

- ARROYO MORENO, Ana María: «La constitucionalización del Derecho de familia», en *Diario la Ley*, núm. 8333, 2014.
- BERNALTE BENALET, Juan: «Las nuevas figuras parentales en la realidad familiar actual. Aproximación legal y jurisprudencial», en *RDF*, núm. 63, 2014, pp. 85 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Criterios para la concesión de la pensión compensatoria: Su relación con otras medidas», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 1, 2014, pp. 13 ss.
- «Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 3, 2014, pp. 29 ss.
- BLANDINO GARRIDO, M.^a Amalia: «Donación de vivienda familiar que evita la atribución del uso al hijo menor y a la madre conviviente: falta de apreciación de oficio de la nulidad de la donación simulada: comentario de la STS de 13 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1341)», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 399 ss.
- BONILLA CORREA, Jesús Ángel: «La indemnización del daño moral en el incumplimiento del régimen de visitas de nuestro Código Penal», en *Diario la Ley*, núm. 8358, 2014.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «Concepto de unidad familiar a efectos de la suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria: a propósito del ATC 129/2014, de 5 de mayo», en *Diario la Ley*, núm. 8414, 2014.
- CARPIO GONZÁLEZ, Ignacio: «El concurso y la familia. Especial consideración del concurso de los cónyuges en gananciales», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 57 ss.
- CERVANTES GÓMEZ-ANGULO, Lucía: «Inoponibilidad del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar atribuido por resolución judicial frente a terceros propietarios. Acción de desahucio por precario», en *Diario la Ley*, núm. 8363, 2014.
- CORDERO CUTILLAS, Iciar, y FAVYOS GARDÓ, Antonio: «La custodia compartida en las distintas legislaciones españolas: La nueva lista de bienestar del menor en el anteproyecto de reforma del código», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 1, 2014, pp. 4 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «La Tutela judicial efectiva en los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas sobre protección de menores y adopción», en *ACM*, vol. 2, núm. 5, 2014, pp. 37 ss.
- DOMINGO MONFORTE, José, y OLIVER AZNAR, Gloria: «Nulidad matrimonial: ocultación dolosa de la homosexualidad, indemnización por daño moral», en *AC*, núm. 9, 2014.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «Prodigalidad y protección de los hijos menores en el ámbito patrimonial», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 2, 2014, pp. 63 ss.

- ESCRIBANO VINDEL, Carlos: «El Acceso, cada vez más complejo, de las parejas de hecho a la pensión de viudedad», en *RJC*, núm. 3, 2014, pp. 739 ss.
- FAVYOS GARDÓ, Antonio, y CORDERO CUTILLAS, Iciar: «La custodia compartida en las distintas legislaciones españolas: La nueva lista de bienestar del menor en el anteproyecto de reforma del código», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 1, 2014, pp. 4 ss.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José M.^a: «El concurso de personas físicas y su incidencia en el Derecho de familia. Una aproximación a la práctica judicial», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 24 ss.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «Guardia, custodia y pensiones derivadas de los procedimientos matrimoniales en favor de los hijos», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 3, 2014, pp. 21 ss.
- «Vientres de alquiler, más cerca de su reconocimiento legal en Europa: comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11», en *Diario la Ley*, núm. 8363, 2014.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Crisis económica y derecho de familia: una visión jurisprudencial», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 2 ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, y PRESNO, Miguel Ángel: «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 9 ss.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.^a Victoria: «Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo», en *AC*, núms. 7-8, 2014.
- LÓPEZ-LÓPEZ, Ángel Manuel: «En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)», en *DPC*, núm. 27, 2013, pp. 173 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «El parentesco por afinidad: una laguna del Código Civil», en *Diario la Ley*, núm. 8390, 2014.
- MAZZILLI, Elisabetta, y AMRAM, Denise: «Insuficiencia de los remedios frente al incumplimiento de las medidas personales respecto de los hijos menores tras la crisis conyugal: Una visión comparada de los ordenamientos español e italiano», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 1, 2014, pp. 35 ss.
- MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio: «El pasivo del consorcio conyugal aragonés», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 665 ss.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «El tratamiento de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 3, 2014, pp. 2 ss.
- «La suspensión de los lanzamientos en los procedimientos de ejecución hipotecaria en la Ley 1/2013, de 14 de mayo», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 74 ss.

- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta: «Presente y futuro de la consideración del interés del menor en las decisiones judiciales y administrativas», en *RDF*, núm. 64, 2014, pp. 89 ss.
- MORO BONILLO, Esther: «La convivencia con terceros en la vivienda familiar», en *RDF*, núm. 63, 2014, pp. 21 ss.
- OLIVER AZNAR, Gloria, y DOMINGO MONFORTE, José: «Nulidad matrimonial: ocultación dolosa de la homosexualidad, indemnización por daño moral», en *AC*, núm. 9, 2014.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, y ESPINOSA PIEDECAUSA, José Luis: «Consideraciones relativas al derecho de familia en la provincia British Columbia Canadiense», en *RDF*, núm. 63, 2014, pp. 307 ss.
- PANIZO Y ROMO DE ARCE, Alberto: «Reagrupación familiar de extranjeros por matrimonio; supuestos de fraude en ejercicio del Derecho», en *RGLJ*, núm. 2, 2014, pp. 313 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Matrimonio y «matrimonio entre personas del mismo sexo»: la constitucionalidad de la Ley 13/2005», en *DPC*, núm. 27, 2013, pp. 271 ss.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Determinación de filiación extramatrimonial por posesión de estado de mujer homosexual tras la ruptura de relación de pareja con otra mujer, madre biológica del menor nacido mediante técnica de reproducción asistida. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. Voto particular», en *ACM*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp. 61 ss.
- PRESNO, Miguel Ángel, y JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 9 ss.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Sentencia de 5 de diciembre de 2013. ¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido, utilizando alguna técnica de reproducción asistida?», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 609 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La pensión compensatoria temporal frente a la pensión vitalicia», en *RCDI*, núm. 744, 2014, pp. 1761 ss.
- «La promesa de matrimonio en el ordenamiento jurídico-civil español», en *RDF*, núm. 64, 2014, pp. 307 ss.
- SALAS MURILLO, Sofía de: «Repensar la curatela», en *DPC*, núm. 27, 2013, pp. 11 ss.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, Ana Dolores: «La ejecución forzosa de los pactos patrimoniales del convenio regulador: cuestiones polémicas y soluciones», en *RDF*, núm. 64, 2014, pp. 25 ss.
- SANTAMARÍA PÉREZ, M.^a Luisa: «Aspectos psicosociales relacionados con la protección de menores. Caso práctico», en *RDF*, núm. 63, 2014, pp. 45 ss.
- SANTOS MORÓN, M.^a José: «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: Evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», en *RDC*, núm. 3, 2014, pp. 1 ss.

- SENET MARTÍNEZ, Santiago: «La formación de la masa activa del concursado casado», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 45 ss.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español: a propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014», en *Diario la Ley*, núm. 8415, 2014.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal», en *DPC*, núm. 27, 2013, pp. 209 ss.
- VIOLA DEMESTRE, Isabel: «Sentencia de 3 de diciembre de 2013. Atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 593 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- BOLÁS ALFONSO, Juan: «El artículo 831 del Código Civil: una norma del siglo XXI», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 67 ss.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «El Dret successori català. Llums i ombres», en *RJC*, núm. 3, 2014, pp. 623 ss.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Derecho interregional, Código Civil y Reglamento Europeo de Sucesiones», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 479 ss.
- COLINA GAREA, Rafael: «Sobre la inconstitucionalidad del art. 123.3.º de la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia. Un análisis doctrinal y jurisprudencial a propósito de la STC 171/2012, de 4 de octubre», en *DPC*, núm. 27, 2013, pp. 77 ss.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio: «Sentencia de 11 de septiembre de 2013. Naturaleza u alcance del derecho de transmisión (ius transmissio-nis) regulado por el artículo 1006 CC», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 241 ss.
- LEGERÉN MOLINA, Antonio: «Revocaciones condicionadas de testamentos», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 199 ss.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael: «La representación del título sucesorio en el registro de la propiedad según la doctrina de la DGRN (Primera parte)», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 311 ss.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna, Alberto: «La desheredación, alivio de legitimarios ingratos», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 413 ss.
- SOLER BELDA, Ramón Rodolfo: «Partición de herencia e impuesto de sucesiones», en *AC*, núm. 7-8, 2014.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas», en *RCDI*, núm. 744, 2014, pp. 1635 ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Sentencia de 29 de julio de 2013. Calificación e imputación de la donación inter vivos con dispensa de colación como mejora», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 227 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- AMÉRIGO, José Luis: «El mero registro del nombre de dominio no puede concebirse como un acto infractor de la marca ajena», en *Diario la Ley*, núm. 8330, 2014.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «La interpretación y alcance aplicativo de los artículos 69 y 70 de la Ley de patentes de 1986», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 85 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, y BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl: «La interpretación y alcance aplicativo de los artículos 69 y 70 de la Ley de patentes de 1986», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 85 ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «Enmiendas al Proyecto de Ley de refinanciación de la deuda empresarial: breve nota sobre la regulación alemana de la conversión de crédito en capital», en *Diario la Ley*, núm. 8358, 2014.
- CAMPINS VARGAS, Aurora: «Inducción a la infracción de los deberes contractuales básicos (análisis del artículo 14.1 de la Ley de competencia desleal)», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 129 ss.
- CIRIA PÉREZ, Francisco Javier: «Las entidades públicas empresariales locales en Navarra», en *RJN*, núm. 55-56, 2013, pp. 95 ss.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «¿Juzgados de lo Mercantil o Juzgados de Primera Instancia?», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 271 ss.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Iñigo: «El nuevo derecho de oposición de los acreedores a las reestructuraciones empresariales», en *CDC*, núm. 59, 2013, pp. 71 ss.
- FERNANDEZ DEL POZO, Luis: «La eficacia de la publicidad material del apoderamiento inscrito en el registro mercantil. El apoderamiento electrónico (art. 41 Ley 14/2013)», en *La Ley Mercantil*, núm. 1, 2014, pp. 6 ss.
- «La efectividad de la limitación de responsabilidad del emprendedor de responsabilidad limitada dentro del concurso», en *La Ley Mercantil*, núm. 2, 2014, pp. 8 ss.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «La infracción indirecta de patente», en *La Ley Mercantil*, núms. 4-5, 2014, pp. 70 ss.
- GIMENO RIBES, Miguel: «Sobre la aplicabilidad de las acciones edilicias al contrato de compraventa de empresa (a propósito de la sentencia del TS 230/2011, de 30 de marzo (RJ\2011\3133))», en *CDC*, núm. 59, 2013, pp. 355 ss.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: «La interrelación entre el Derecho comunitario y el español con respecto al concepto de publicidad a efectos de limitación de su tiempo de emisión televisiva», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 81 ss.

- GUERRERO LEBRÓN, M.^a Jesús: «La regulación transitoria de los operadores de aeronaves civiles pilotadas por control remoto», en *La Ley Mercantil*, núm. 6, 2014, pp. 12 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier: «La responsabilidad de la matriz por las infracciones del derecho de la competencia cometidas por sus filiales», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 251 ss.
- GUTIÉRREZ URTIAGA, María y SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel: «La política de dividendos de las empresas con accionistas de control», en *Indret*, núm. 3/2014.
- LA CASA GARCÍA, Rafael: «La publicidad registral de las fundaciones y el registro mercantil», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 121 ss.
- LASTIRI SANTIAGO, Mónica: «La nueva política de nombres de dominio. El Uniform Rapid Suspension System: caso FACEBOOK», en *La Ley Mercantil*, núm. 2, 2014, pp. 30 ss.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales», en *CDC*, núm. 59, 2013, pp. 85 ss.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, y PORCUNA DE LA ROSA, Fidel: «La STJUE Brüstle y sus implicaciones para la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas», en *AFDUAM*, núm. 18, 2014, pp. 171 ss.
- «El derecho positivo del uso de marcas y diseños», en *La Ley Mercantil*, núm. 2, 2014, pp. 48 ss.
- MAMBRILLA RIVERA, Vicente: «Comunicaciones electrónicas y prácticas comerciales desleales», en *La Ley Mercantil*, núm. 6, 2014, pp. 92 ss.
- MASSAGUER FUENTES, José: «La regulación del Derecho de la competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 13 ss.
- MERCADAL VIDAL, Francisco: «La nulidad de marca solicitada de mala fe y efectos de la disposición transitoria segunda de la Ley de marcas (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 19 de febrero de 2014», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 447 ss.
- MORENO LISO, Lourdes: «Sentencia de 19 de junio de 2013. La buena fe objetiva en el derecho de competencia y la distintividad de la marca como medio para competir», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 73 ss.
- OLMEDO PERALTA, Eugenio: «Novedades jurídico-contables introducidas por la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización: reformas andantes y pendientes», en *La Ley Mercantil*, núm. 1, 2014, pp. 30 ss.
- PÉREZ HERESA, Juan: «Los apoderamientos electrónicos en la Ley de Emprendedores», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 117 ss.
- POSADAS MARTÍNEZ, Agustín: «La solicitud de marca efectuada con mala fe: una revisión del principio de buena fe registral y de las situaciones de hecho protegidas en el ordenamiento marcario español y comunitario», en *La Ley Mercantil*, núm. 6, 2014, pp. 66 ss.

- PULGAR EXQUERRA, Juana: «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», en *Diario la Ley*, núm. 8391, 2014.
- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel, y GUTIÉRREZ URTIAGA, María: «La política de dividendos de las empresas con accionistas de control», en *Indret*, núm. 3/2014.
- SERRANO ACITORES, Antonio: «Mecanismos formales para la generación de la confianza interempresarial en las operaciones corporativas», en *La Ley Mercantil*, núms. 4-5, 2014, pp. 10 ss.
- YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: «Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada: especial referencia a las cláusulas suelo en los préstamos bancarios», en *Diario la Ley*, núm. 8419, 2014.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALCALÁ DÍAZ, M.^a Ángeles: «La incidencia de la reforma de la normativa societaria en los estatutos y reglamentos internos de las sociedades de capital», en *Diario la Ley*, núm. 8352, 2014.
- ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía: «Propuesta de Código Mercantil y sociedad cooperativa», en *RCDI*, núm. 744, 2014, pp. 1663 ss.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «Relaciones entre las funciones de las acciones sin voto y su régimen legal (algunas consideraciones críticas)», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 97 ss.
- «Tratamiento estatutario de las acciones sin voto en una sociedad cotizada», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 221 ss.
- BRENES CORTÉS, Josefa: «Sentencia de 13 de noviembre de 2013. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de constancia en acta notarial de los acuerdos de junta e interpretación del sentido de «aceptación unánime» en junta universal», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 493 ss.
- CANO DE MIGUEL, Miguel: «La evolución histórica de la responsabilidad de los administradores y su reclamación ante los tribunales de justicia», en *Diario la Ley*, núm. 8329, 2014.
- CASTRO RUANO, José Luis de: «La estabilidad de los acuerdos sociales. Los límites de la calificación del registrador mercantil respecto a la validez de los acuerdos de los órganos de las sociedades de capital (Comentario a la Resolución de la Dirección General de Registro y del Notariado de 28 de agosto de 2013)», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 573 ss.
- COBO DEL ROSAL, Alejandra: «La «desmutualización» de las sociedades cooperativas en España en el marco del Derecho comunitario y comparado», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 425 ss.
- CONTRERAS DE LA ROSA, Isabel: «El devenir funcional y estructural de la cesión global: de la atipicidad a la propuesta de código mercantil», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 53 ss.

- EMBIU IRUJO, José Manuel: «El derecho de sociedades ante la crisis económica. Especial referencia a la tipología societaria», en *CDC*, núm. 59, 2013, pp. 15 ss.
- FELIU REY, Jorge: «Los pactos parasociales en las empresas de base tecnológica académicas», en *La Ley Mercantil*, núm. 1, 2014, pp. 85 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcursal de créditos bajo el Real Decreto-ley 4/2014», en *La Ley Mercantil*, núm. 1, 2014, pp. 56 ss.
- «Acerca de la licitud de los pactos parasociales para el Consejo. La mala regulación de la cuestión en el proyectado Código Mercantil», en *La Ley Mercantil*, núm. 3, 2014, pp. 18 ss.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José: «La improcedencia de la impugnación de acuerdos sociales dejados sin efecto o sustituidos por otros (artículo 204.3 LSC): su problemático tratamiento procesal», en *Diario la Ley*, núm. 8326, 2014.
- GHETTI, Riccardo: «La actuación concertada en el derecho europeo de sociedades: interferencias con los derechos de los accionistas y propuestas de reforma», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 333 ss.
- GIMENO BEVIÁ, Vicente: «El Derecho de separación “ad nutum” y prestaciones accesorias: Comentario a la STS de 14 de marzo de 2013 (RJ 2013/2421)», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 275 ss.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a Belén: «Sentencia de 10 de julio de 2013. Rescisión de la devolución de préstamos concedidos por el socio a la sociedad antes de la declaración de concurso», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 133 ss.
- GUERRA MARTÍN, Guillermo: «El nombramiento de administrador incurso en causa de prohibición legal y su incidencia en los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración con su participación», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 199 ss.
- GUTIÉRREZ URTIAGA, María y SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel: «La política de dividendos de las empresas con accionistas de control», en *Indret*, núm. 3/2014.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago: «Gobierno corporativo en sistemas multilaterales de negociación», en *RDBB*, núm. 135, 2014, pp. 7 ss.
- JORDÁ GARCÍA, Rafael: «Reformas en curso para las sociedades no cotizadas por mejora del gobierno corporativo», en *Diario la Ley*, núm. 8324, 2014.
- JORDANO LUNA, Martín: «Viabilidad de un canje de acciones en las fusiones por absorción de íntegramente participada», en *La Ley Mercantil*, núm. 1, 2014, pp. 6 ss.
- LOPERA PERALES, Antonio: «Dificultades en la configuración de garantías a favor del avalista en operaciones de préstamo concedidas a sociedades (comentario a la resolución de 2 de enero de 2013 de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 247 ss.
- LUCAS MARTÍN, Elisa Pilar y VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, Blanca: «La impugnación por el administrador de la sociedad de capital del acuerdo

- de la junta general de ejercicio de la acción social de responsabilidad contra él», en *CDC*, núm. 59, 2013, pp. 227 ss.
- MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia: «Sentencia 15 de octubre de 2013. Acción de responsabilidad contra los administradores sociales por no instar la disolución de una sociedad declarada en concurso», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 347 ss.
- MARTÍN ARESTI, Pilar: «El fraude de Ley en el desembolso de las acciones suscritas en el Acto constitutivo de la Sociedad (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 15 de enero de 2014)», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 423 ss.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «La Ley 26/2013, de Cajas de Ahorro y Fundaciones bancarias: ¿hemos aprendido del pasado?», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 309 ss.
- MARTÍNEZ ROSADO, Javier: «Reintegración de la devolución del préstamo realizada por la sociedad concursada al socio mayoritario y administrador: comentario a la STS (Sala de lo Civil) n.º 487/2013, de 10 de julio», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 237 ss.
- MATEO HERNÁNDEZ, José Luis: «Impacto societario de las Leyes 11/2013, de 26 de julio y 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores: Análisis de los aspectos mercantiles más relevantes de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE n.º 179, de 27 de julio de 2013) y de la Ley 14/2013, de 27 de sept. », *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 321 ss.
- MAYORGA TOLEDANO, M.ª Cruz: «Sentencia de 15 de octubre de 2013. El derecho de separación del socio ante la transformación de la sociedad», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 323 ss.
- MEGÍAS LÓPEZ, Javier: «La convocatoria y el levantamiento de las sesiones del Consejo de Administración de Sociedades de capital por su presidente: Comentario a la STS Núm. 320/2013, de 20 de mayo», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 255 ss.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «Pactos parasociales «vs» Estatutos sociales: Eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 169 ss.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «Gobierno corporativo, elaboración y responsabilidad de la contabilidad social», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 21 ss.
- RAMÍREZ GONZÁLEZ, Francisco Javier: «Sobre la imposibilidad de junta general de sociedad de responsabilidad limitada celebrada en segunda convocatoria y convocada por representante del órgano de administración (comentario a la resolución de 26 de febrero de 2013 de la Dirección General de Registros y del Notariado)», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 187 ss.
- RAMOS, María Elisabete: «Derecho de la competencia y deberes de diligencia de los administradores», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 153 ss.
- RIBAS FERRER, Vicenç: «El gobierno corporativo de las sociedades cotizadas y de las entidades de crédito (Resistematización y evolución reciente de la normativa de la Unión Europea)», en *RDBB*, núm. 135, 2014, pp. 261 ss.

- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «El ejercicio anticipado del derecho de información y el perjuicio del interés social», en *RDBB*, núm. 134, 2014, pp. 97 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «Quorum de constitución del Consejo de Administración de la S. A: Efectos jurídicos de la existencia de vacantes (el Consejo deficitario). Ideas y propuestas para una futura reforma», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 131 ss.
- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel y GUTIÉRREZ URTIAGA, María: «La política de dividendos de las empresas con accionistas de control», en *Indret*, núm. 3/2014.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María: «Reducción de capital y capital autorizado (¿un supuesto praeter legem?)», *RDS*, núm. 42, 2014, pp. 209 ss.
- SANTOS, Miguel Ángel: «Las situaciones de control en la Sociedad Cooperativa», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 199 ss.
- SERRANO ACITORES, Antonio: «Mecanismos formales para la generación de la confianza interempresarial en las operaciones corporativas», en *La Ley Mercantil*, núms. 4-5, 2014, pp. 10 ss.
- SERRANO CAÑAS, José Manuel: «La incorporación de la «Business Judgment Rule» al Derecho español: el proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital», en *La Ley Mercantil*, núm. 6, 2014, pp. 30 ss.
- «La negativa de los administradores a facilitar información a los socios (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 70/2014, de 28 de febrero de 2014)», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 505 ss.
- SORIA SORJÚS, José: «Sentencia de 12 de noviembre de 2013. ¿Debate cerrado? Subsistema de apoderamientos otorgados por la sociedad antes de entrar en situación de disolución y liquidación», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 449 ss.
- «La reserva estatutaria en materia retributiva de los administradores», en *Diario la Ley*, núm. 8343, 2014.
- VAL TALENS, Paula del: «El doble vínculo y la retribución estatutaria de los servicios de los administradores sociales (comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 3 de abril de 2013)», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 161 ss.
- «La retribución desigual de los administradores en la Sociedad Anónima (En torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de febrero de 2014)», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 595 ss.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La inscripción del cese de los administradores y el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad», en *RCDI*, núm. 743, 2014, pp. 1033 ss.
- VON WICHMANN ROVIRA, Gerardo: «Representación orgánica y conflicto de intereses: principios civiles y mercantiles (Primera parte)», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 11 ss.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «El seguro de responsabilidad civil de los administradores societarios, ante el concurso culpable (No siempre la culpa lata se equipara al dolo)», en *PDD*, núm. 119, 2014, pp. 6 ss.

ZARZALEJOS TOLEDANO, Ignacio: «Las remuneraciones de los consejeros en las sociedades cotizadas españolas», en *La Ley Mercantil*, núm. 2, 2014, pp. 18 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

CALVO VÉRGEZ, Juan: «Principales rasgos configuradores de la regulación del sistema financiero acordada en Basilea III y su progresiva implantación en nuestro ordenamiento bancario», en *RDBB*, núm. 135, 2014, pp. 201 ss.

JUAN Y MATEU, Fernando: «Los rumores en el Derecho del mercado de valores», en *RDBB*, núm. 135, 2014, pp. 127 ss.

MAYORGA TOLEDANO, M.^a Cruz: «La reordenación del sector financiero: de las Cajas de Ahorro a las fundaciones bancarias. Análisis de la experiencia española e italiana», en *RDBB*, núm. 135, 2014, pp. 89 ss.

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «Riesgo sistémico, solvencia y riesgo moral. Incidencia en el Derecho privado de los mercados financieros. Un apunte crítico», en *RDBB*, núm. 134, 2014, pp. 7 ss.

SÁINZ DE VICUÑA BARROSO, Antonio: «El Tribunal Constitucional alemán y el programa del BCE de intervención en el mercado europeo de deuda pública (OMT)», en *RDBB*, núm. 135, 2014, pp. 343 ss.

TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «Los acuerdos de refinanciación tras el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo», en *RDBB*, núm. 135, 2014, pp. 63 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro: «El mediador en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario la Ley*, núm. 8328, 2014.

CAMPINS VARGAS, Aurora: «Inducción a la infracción de los deberes contractuales básicos (análisis del artículo 14.1 de la Ley de competencia desleal)», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 129 ss.

GALEOTE MUÑOZ, M.^a del Pilar: «La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación concursal», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 291 ss.

GIMENO RIBES, Miguel: «Sobre la aplicabilidad de las acciones edilicias al contrato de compraventa de empresa (a propósito de la sentencia del TS 230/2011, de 30 de marzo (RJ2011\3133))», en *CDC*, núm. 59, 2013, pp. 355 ss.

IGLESIAS GARCÍA, Miriam: «Inscripción en el registro de la propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarias: cuestiones polémicas en el

- procedimiento judicial de ejecución hipotecaria», en *Diario la Ley*, núm. 8409, 2014.
- ISERN SALVAT, M.^a Rosa: «Las condiciones generales del contrato de seguro», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 457 ss.
- LOPERA PERALES, Antonio: «Dificultades en la configuración de garantías a favor del avalista en operaciones de préstamo concedidas a sociedades (comentario a la resolución de 2 de enero de 2013 de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 247 ss.
- LÓPEZ PEDRÓS, Antoni: «La acción directa en el transporte terrestre», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 287 ss.
- LYCZKOWSKA, Karolina Maja: «El caso Spanair o cómo blindar la prenda del saldo de una cuenta en el concurso», en *Diario La Ley*, núm. 8336, 2014.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «Documentación y responsabilidad en el remolque transporte y en el remolque maniobra», en *ACM*, vol. 2, núm. 4, 2014, pp.91 ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, y VAQUERIZO ALONSO, Alberto: «El contrato de obra por empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 37 ss.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», en *RDC*, núm. 3, 2014, pp. 37 ss.
- PALACIOS LÓPEZ, Raquel: «El buque como objeto de la garantía hipotecaria en los contratos de préstamo: una ficción necesaria para su financiación», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 69 ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Sentencia de 21 de noviembre de 2013. Crédito documentario: pago al banco confirmador al beneficiario pese a conocer la existencia de orden judicial de retención de crédito dirigida al banco emisor», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 517 ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Los contratos de seguro y de mediación de seguros en la propuesta de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 23 ss.
- VAQUERIZO ALONSO, Alberto, y MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «El contrato de obra por empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 37 ss.
- VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes: «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la propuesta de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 11 ss.

TÍTULO VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- MUÑOZ PAREDES, M.^a Luisa: «La aplicación del artículo 1597 CC en casos de pago mediante entrega de pagarés», en *RDBB*, núm. 134, 2014, pp. 35 ss.

RICO CARRILLO, Mariliana: «Los documentos electrónicos transferibles como equivalentes funcionales de los títulos cambiarios», en *La Ley Mercantil*, núm. 1, 2014, pp. 74 ss.

DERECHO CONCURSAL

ANTÓN SANCHO, María: «Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores: la reciprocidad como presupuesto para la aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley concursal», en *ADCon*, núm. 32, 2014, pp. 285 ss.

ARA, Carlos: «Are The New Spanish Legally Enhanced Workouts That Fancy?», en *Indret*, núm. 3/2014.

BAENA BAENA, Pedro Jesús: «El concurso consecutivo», en *ADCon*, núm. 33, 2014, pp. 11 ss.

BLANCO SARALEGUI, José M.^a: «Procedimiento abreviado: apuntes y soluciones», en *ADCon*, núm. 32, 2014, pp. 197 ss.

CABANAS TREJO, Ricardo: «A vueltas con la calificación y la responsabilidad concursal», en *Diario la Ley*, núm. 8334, 2014.

— «Una nueva reforma de la legislación concursal: RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal», en *Diario la Ley*, núm. 8406, 2014.

CARPIO GONZÁLEZ, Ignacio: «El concurso y la familia. Especial consideración del concurso de los cónyuges en gananciales», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 57 ss.

CARRASCO PERERA, Ángel: «Ejecución de garantías reales, impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía en la reforma concursal del Real Decreto Ley 4/2014», en *ADCon*, núm. 32, 2014, pp. 65 ss.

CARRASCO PERERA, Ángel y CORDÓN MORENO, Faustino: «Ejecución de garantías reales tras el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado en la disposición adicional 4.^a de la Ley Concursal tras la modificación producida por el RDL 4/2014», en *Diario La Ley*, núm. 8322, 2014.

CERDÁ ALBERO, Fernando: «La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores financieros disidentes o no partícipes», en *ADCon*, núm. 33, 2014, pp. 143 ss.

CERVERA, Marta: «El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación», en *ADCon*, núm. 33, 2014, pp. 111.

CORDERO, Encarna: «La enajenación en el concurso de acreedores de bienes afectos a créditos con privilegio especial», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 71 ss.

CORDÓN MORENO, Faustino, y CARRASCO PERERA, Ángel: «Ejecución de garantías reales tras el incumplimiento del acuerdo de refinanciación

homologado en la disposición adicional 4.^a de la Ley Concursal tras la modificación producida por el RDL 4/2014», en *Diario La Ley*, núm. 8322, 2014.

DÍAZ RUIZ, Emilio: «El FROB y las garantías financieras en situaciones de insolvencia de las entidades de crédito», en *RDCP*, núm. 21, 2014, pp. 27 ss.

DÍAZ MORENO, Alberto: «Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos», en *ADCon*, núm. 33, 2014, pp. 167 ss.

DOMÍNGUEZ CABRERA, M.^a del Pino: «La protección concursal y extraconcursal del consumidor insolvente por deuda hipotecaria», en *ADCon*, núm. 33, 2014, pp. 257 ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos», en *ADCon*, núm. 32, 2014, pp. 89 ss.

— «El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcursal de créditos bajo el Real Decreto-ley 4/2014», en *La Ley Mercantil*, núm. 1, 2014, pp. 56 ss.

— «La efectividad de la limitación de responsabilidad del emprendedor de responsabilidad limitada dentro del concurso», en *La Ley Mercantil*, núm. 2, 2014, pp. 8 ss.

— «Acerca de la licitud de los pactos parasociales para el Consejo. La mala regulación de la cuestión en el proyectado Código Mercantil», en *La Ley Mercantil*, núm. 3, 2014, pp. 18 ss.

FERNANDEZ PÉREZ, Nuria: «El Estatuto Jurídico del mediador concursal», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 379 ss.

FERNÁNDEZ SEIJO, José M.^a: «El concurso de personas físicas y su incidencia en el Derecho de familia. Una aproximación a la práctica judicial», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 24 ss.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Iñigo: «El nuevo derecho de oposición de los acreedores a las reestructuraciones empresariales», en *CDC*, núm. 59, 2013, pp. 71 ss.

GALEOTE MUÑOZ, M.^a del Pilar: «La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación concursal», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 291 ss.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Los efectos de los acuerdos de refinanciación en el concurso consecutivo: la calificación», en *ADCon*, núm. 33, 2014, pp. 181 ss.

GÓMEZ AMIGO, Luis: «La tramitación del incidente concursal», en *ADCon*, núm. 33, 2014, pp. 203 ss.

JUSTE MENCÍA, Javier: «Disolución por pérdidas graves durante el cumplimiento del convenio y responsabilidad de administradores sociales», en *RDCP*, núm. 21, 2014, pp. 17 ss.

LEÓN, Francisco José: «La ineficacia de los acuerdos de refinanciación», en *ADCon*, núm. 33, 2014, pp. 126 ss.

- LLORENTE GONZALVO, Miguel: «Sobre la calificación como créditos contra la masa de los recargos por impago de las cuotas de la Seguridad Social devengadas después de la declaración de concurso de acreedores. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2013 y sentencia de la Audiencia Provincial de León de 27 de abril de 2011», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 261 ss.
- LYCZKOWSKA, Karolina Maja: «Cinco años de jurisprudencia sobre la ejecución concursal de las garantías financieras», en *RDCP*, núm. 21, 2014, pp. 147 ss.
- «El caso Spanair o cómo blindar la prenda del saldo de una cuenta en el concurso», en *Diario la Ley*, núm. 8336, 2014.
- NIETO DELGADO, Carlos, y VILLENA CORTÉS, Francisco de Borja: «Capitalización de deuda y calificación concursal tras el Real Decreto-ley 4/2014», en *Diario la Ley*, núm. 8357, 2014.
- PARRA BAUTISTA, José Ramón: «De la «Segunda Oportunidad» y la clasificación concursal que ha de darse al crédito hipotecario insatisfecho tras la ejecución de la vivienda habitual del consumidor persona física», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 34 ss.
- PASTOR SEMPERE, M.^a del Carmen: «Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago», en *RDCP*, núm. 21, 2014, pp. 121 ss.
- PENADÉS FONTS, Manuel Alejandro: «El arbitraje internacional en el Reglamento europeo de insolvencia: crítica a la propuesta de reforma», en *ADCon*, núm. 32, 2014, pp. 265 ss.
- PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José: «El singular modelo español de la subordinación concursal de créditos de personas vinculadas al deudor», en *ADCon*, núm. 32, 2014, pp. 211 ss.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior», en *Diario la Ley*, núm. 8391, 2014.
- PULGAR EXQUERRA, Juana: «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», en *Diario la Ley*, núm. 8391, 2014.
- RECALDE CASTELLS, Andrés Juan: «Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital», en *ADCon*, núm. 33, 2014, pp. 85 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «Convenios concursales de segunda generación: la modificabilidad del convenio en ejecución», en *ADCon*, núm. 32, 2014, pp. 237 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «La introducción del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal en la Ley Concursal», en *RDBB*, núm. 135, 2014, pp. 233 ss.

- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «La problemática de la enajenación de la empresa en la fase de liquidación concursal», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 177 ss.
- RUIZ GALLARDÓN, José: «El concepto de «socios comunes» como personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada», en *ADCon*, núm. 32, 2014, pp. 327 ss.
- SACRISTÁN BERGIA: «La extinción de la sociedad como consecuencia de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa», en *RDCP*, núm. 21, 2014, pp. 53 ss.
- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel: «Los derivados en el concurso: la racionalidad del régimen especial y las peculiaridades españolas», en *RDCP*, núm. 21, 2014, pp. 89 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «El acuerdo extrajudicial de pagos», en *ADCon*, núm. 32, 2014, pp. 11 ss.
- SENÉS, Carmen: «La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores», en *ADCon*, núm. 33, 2014, pp. 73 ss.
- «Forma y tiempo de la aportación del título de crédito en el juicio cambiario (comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 5 de marzo de 2014)», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 375 ss.
- SENET MARTÍNEZ, Santiago: «La formación de la masa activa del concursado casado», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, 2014, pp. 45 ss.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo Francisco: «La facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código Civil y el concurso de acreedores», en *RCDI*, núm. 743, 2014, pp. 983 ss.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «El reconocimiento de concursos extranjeros en España: algunas cuestiones sobre el procedimiento», en *ADCon*, núm. 33, 2014, pp. 231 ss.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: «El Real Decreto-ley 4/2014 desde la perspectiva de la regulación bancaria», en *RDCP*, núm. 21, 2014, pp. 77 ss.
- VALENCIA GARCÍA, Fedra: «La tipología de los acuerdos de refinanciación», en *ADCon*, núm. 33, 2014, pp. 65 ss.
- VALPUESTA GSTAMINZA, Eduardo María: «Pagarés cambiarios firmados por representante sin constancia de la representación: la responsabilidad del «representado» (A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo [1.ª] de 12 de diciembre de 2013 y 24 de marzo de 2014)», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 389 ss.
- VILLENA CORTÉS, Francisco de Borja, y NIETO DELGADO, Carlos: «Capitalización de deuda y calificación concursal tras el Real Decreto-ley 4/2014», en *DIARIO LA LEY*, núm. 8357, 2014.
- YÁÑEZ EVANGELISTA, Javier: «Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos», en *ADCon*, núm. 32, 2014, pp. 155 ss.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «El seguro de responsabilidad civil de los administradores societarios, ante el concurso culpable (No siempre la culpa lata se equipara al dolo)», en *PDD*, núm. 119, 2014, pp. 6 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier: «La conservación de los bienes culturales: deber de los propietarios; y condiciones de restauración», en *RDU*, núm. 291, 2014, pp. 173 ss.

CANO BUESO, Juan: «El derecho constitucional a una vivienda digna», en *RDU*, núm. 291, 2014, pp. 143 ss.

DÍAZ LEMA, José Manuel: «Propiedad urbana y expropiación por incumplimiento de deberes (en particular, el deber de conservación)», en *RDU*, núm. 291, 2014, pp. 61 ss.

FALCÓN PÉREZ, Carmen Esther: «Instrumento de intervención pública en el Mercado de Suelo», en *RDU*, núm. 290, 2014, pp. 13 ss.

FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, Gonzalo: «La calificación definitiva como viviendas de protección oficial en las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia», en *RDU*, núm. 290, 2014, pp. 121 ss.

GARBAYO BLANCH, Juan y SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «La financiación de la gestión urbanística y las garantías legales para su ejecución en situaciones de concurso de acreedores», en *RDU*, núm. 291, 2014, pp. 103 ss.

PAREJO ALFONSO, Luciano José: «La ordenación territorial y urbanística en los EE.UU. (Parte 1)», en *RDU*, núm. 291, 2014, pp. 13 ss.

PUERTA SEGUIDO, Francisco Eusebio: «Los conflictos constitucionales sobre los órganos autonómicos de expropiación forzosa», en *RDU*, núm. 290, 2014, pp. 53 ss.

RICO LENZA, Juan: «Sobre la incompatibilidad de los artículos 124, 166 y 167 de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia», en *RDU*, núm. 290, 2014, pp. 39 ss.

SERRANO GARCÍA, Ignacio: «Soluciones legales en materia de desahucios en España», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 97 ss.

SORIA MARTÍNEZ, Gabriel, y GARBAYO BLANCH, Juan: «La financiación de la gestión urbanística y las garantías legales para su ejecución en situaciones de concurso de acreedores», en *RDU*, núm. 291, 2014, pp. 103 ss.

TESTA, Graciela, y GERPE, Marcela S.: «Medio Ambiente y mediación: puntos de encuentro», en *RDU*, núm. 290, 2014, pp. 95 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ÁLVAREZ CARO, María: «Reflexiones sobre la sentencia del TJUE en el asunto «Mario Costeja» (C-131/12) sobre derecho al olvido», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 165 ss.
- BELLIDO BARRIONUEVO, María: «La iniciativa ciudadana europea: una oportunidad para los ciudadanos y las instituciones europeas», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 45 ss.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Derecho interregional, Código Civil y Reglamento Europeo de Sucesiones», en *RJNot*, núm. 86-87, 2013, pp. 479 ss.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier: «La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas», en *REDE*, núm. 50, 2014, pp. 73 ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: «El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿una condición para el olvido?», en *La Ley Unión Europea*, núm. 11, 2014, pp. 5 ss.
- GARCÍA DE PABLOS, Jesús Félix: «La invalidez de la Directiva europea sobre conservación de datos», en *RDNT*, núm. 35, 2014, pp. 23 ss.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge: «La cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional alemán sobre la decisión OMT», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 199 ss.
- GHETTI, Riccardo: «La actuación concertada en el derecho europeo de sociedades: interferencias con los derechos de los accionistas y propuestas de reforma», en *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 333 ss.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: «La interrelación entre el Derecho comunitario y el español con respecto al concepto de publicidad a efectos de limitación de su tiempo de emisión televisiva», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 81 ss.
- ILESIC, M.: «El gestor de un motor de búsqueda en Internet es responsable del tratamiento que aplique a los datos de carácter personal que aparecen en las páginas web publicadas por terceros: TJ Gran Sala, S 13 May. 2014», en *La Ley Unión Europea*, núm. 16, 2014, pp. 35 ss.
- JANER TORRENS, Joan David: «Infracción del Derecho de la Unión Europea y repercusión «ad intra» de sus consecuencias financieras», en *REDE*, núm. 50, 2014, pp. 15 ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar y PRESNO, Miguel Ángel: «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 9 ss.
- LÓPEZ-MEDEL BASCONES, Jesús: «La Constitución Europea como instrumento jurídico», en *RGLJ*, núm. 2, 2014, pp. 261 ss.

- MARCHAL ESCALONA, Nuria: «Los límites de lo «real» y de lo «personal» en el sistema europeo de competencia judicial», en *La Ley Unión Europea*, núm. 12, 2014, pp. 7 ss.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Requisitos del certificado del título ejecutivo europeo: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena). Sentencia de 5 de diciembre 2013 (TJCE 2013, 4309)», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 309 ss.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «La Propuesta de Directiva relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje: ¿El reconocimiento de la nueva realidad?», en *ACM*, vol. 2, núm. 4, 2014, pp. 51 ss.
- PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge: «La responsabilidad internacional de la Unión Europea derivada de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *REDE*, núm. 50, 2014, pp. 41 ss.
- PRESNO, Miguel Ángel, y JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», en *REDE*, núm. 51, 2014, pp. 9 ss.
- RIPOL CARULLA, Santiago y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio: «Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma (a propósito de la STC 26/2014, de 13 de febrero)», en *REDE*, núm. 50, 2014, pp. 105 ss.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel: «La Doctrina Parot ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: derechos a la legalidad penal y a la libertad. (STEDH, as. Del Río Prada vs. España, de 21-10-2013)», en *REDE*, núm. 50, 2014, pp. 151 ss.
- TIZZANO, Antonio: «Derechos de los consumidores en caso de falta de conformidad: TJ Sala Primera, S 3 Oct. 2013», en *La Ley Unión Europea*, núm. 11, 2014, pp. 18 ss.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, y RIPOL CARULLA, Santiago: «Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma (a propósito de la STC 26/2014, de 13 de febrero)», en *REDE*, núm. 50, 2014, pp. 105 ss.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «Criterios de determinación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente que repercuten en el consumidor el pago del impuesto de plusvalía y los gastos de alta en los distintos suministros necesarios para la habitabilidad de la vivienda: Comentario a la STJUE, sala Primera, de 16 de enero de 2014, asunto C-226/2012, «Constructora Principado, s. a. y José Ignacio Menéndez Álvarez»», en *La Ley Unión Europea*, núm. 15, 2014, pp. 14 ss.

DERECHO PROCESAL

- ADAN DOMÉNECH, Federico: «La reforma legislativa de los juicios de desahucio», en *CDC*, núm. 60, 2013, pp. 91 ss.
- ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio: «Dossier de los tribunales sobre probática: Las falacias en la jurisprudencia (1)», en *Diario la Ley*, núm. 8332, 2014.
- ASTRADA ALONSO, Eduardo: «El riesgo de imposición de costas en función de la cuantía establecida en la demanda reclamando deudas de valor», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 177 ss.
- BLANCO GARCÍA, Ana Isabel: «Sentencia de 19 de septiembre de 2013. La eficacia prejudicial de resoluciones de otros órdenes jurisdiccionales. La apreciación en segunda instancia de la desestimación de la excepción de prescripción. La aplicación del criterio de facilidad probatoria», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 151 ss.
- BUENO DE MATA, Federico: «La práctica de la prueba electrónica en sede judicial: ¿vulneración o reforzamiento de principios procesales?», en *Diario la Ley*, núm. 8332, 2014.
- BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro: «Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial: a debate de nuevo sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia», en *Diario la Ley*, núm. 8352, 2014.
- «Los registradores mercantiles se encargarán de la gestión del Registro Civil: un paso más hacia la privatización de la Administración de Justicia», en *Diario la Ley*, núm. 8366, 2014.
- CALAZA LÓPEZ, M.^a Sonia: «El dictamen de peritos», en *AC*, núm. 9, 2014.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «¿Juzgados de lo Mercantil o Juzgados de Primera Instancia?», en *RDM*, núm. 293, 2014, pp. 271 ss.
- FERNÁNDEZ CABALLERO, Gracia: «El incidente excepcional de nulidad de actuaciones y las demandas para la declaración de error judicial», en *Diario la Ley*, núm. 8409, 2014.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa: «Secesión de Estados e integración en la Unión Europea. A propósito del debate sobre la permanencia en la Unión de Escocia y Cataluña como Estados segregados del Reino Unido y España», en *RJC*, núm. 2, 2014, pp. 297 ss.
- HUERGA FIDALGO, Gonzalo de la: «Sobre uno de los puntos del anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial: el de la demarcación territorial judicial basada en el ámbito provincial», en *Diario la Ley*, núm. 8323, 2014.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: «¿Qué Tribunal Supremo queremos?», en *Diario la Ley*, núm. 8329, 2014.
- MONTESINOS GARCÍA, Ana: «Sentencia de 28 de octubre de 2013. La cosa juzgada material de las resoluciones judiciales en el procedimiento ejecutivo», en *CCJC*, núm. 95, 2014, pp. 391 ss.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Requisitos del certificado del título ejecutivo europeo: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de

la Unión Europea (Sala Novena). Sentencia de 5 de diciembre 2013 (TJCE 2013, 4309)», en *RdPat*, núm. 34, 2014, pp. 309 ss.

PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «La Resolución de litigios en línea en materia de consumo: el reglamento (UE) n.º 524/2013, de 21 de mayo de 2013», en *ACM*, vol. 2, núm. 3, 2014, pp. 43 ss.

PIZARRO MORENO, Eugenio, NICASIO JARAMILLO, Isabel M.^a y NÚÑEZ BOLAÑOS, María: «El emplazamiento edictal en el juicio de desahucio tras la STC 30/2014, de 24 de febrero», en *Diario la Ley*, núm. 8327, 2014.

RIDAO MARTÍN, Joan: «La Unió Europea i els nous Estats sorgits per secessió dels seus membres. Una hipòtesi per a Catalunya», en *RJC*, núm. 2, 2014, pp. 331 ss.

SOLER SOLÉ, Guillem: «Jurisprudencia vinculante (JV): anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial», en *Diario la Ley*, núm. 8338, 2014.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
ACM	Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdPat	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo

RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

<i>InDret</i>	www.indret.com
<i>Diario La Ley</i>	
<i>La Ley Derecho de Familia</i>	
<i>La Ley Mercantil</i>	
<i>La Ley Unión Europea</i>	

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Esther FARNÓS AMORÓS, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Francisco Leopoldo SANTANA NAVARRO**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Vulneración del derecho al honor por inclusión en registros de morosos en supuestos de deudas dudosas.—Reiterando la doctrina contenida en sus anteriores SSTs de 5 de julio de 2004 y de 24 de abril de 2009, el Tribunal Supremo recuerda que la inclusión equivocada o errónea de datos de una persona en un registro de morosos reviste gran trascendencia por sus efectos y por las consecuencias negativas que de ello se pueden derivar hacia la misma, de modo que la conducta de quien maneja estos datos debe ser de la máxima diligencia para evitar posibles errores. Por tanto, la veracidad de la información publicada o divulgada es el parámetro que condiciona la existencia o no de una intromisión ilegítima en el derecho al honor, de manera que, de ser veraces los datos, se excluye toda alegación de vulneración de este derecho fundamental. A contrario, la inclusión en un registro de morosos, erróneamente, sin que concorra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que

lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. En este sentido, resulta intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido, y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser una proyección pública, de manera que si, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como al negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de una línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 de la Ley de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen. La Instrucción 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos relativa a la Prestación de Servicios de Información sobre Solvencia Patrimonial y Crédito y la propia Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal descansan en principios de prudencia, ponderación y sobre todo de veracidad, lo que implica que los datos objeto de tratamiento deban ser auténticos, exactos, veraces y estar siempre actualizados, y por ello el interesado tiene derecho a ser informado de los mismos y a obtener la oportuna rectificación o cancelación en caso de error o inexactitud. En cuanto a las obligaciones dinerarias, la deuda debe ser además de vencida y exigible, cierta, en el sentido de inequívoca e indudable. Resulta asimismo necesario el previo requerimiento de pago. Por tanto, no cabe la inclusión de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza. En definitiva, la inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que estimen pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos, evitando con tal práctica los gastos que conllevaría la iniciación del correspondiente procedimiento judicial, muchas veces superior al importe de las deudas que reclaman. Cuando la existencia y exigibilidad de las deudas es dudosa, la actuación de la entidad bancaria es abusiva y desproporcionada y supone una infracción del derecho al honor de la persona cuyo nombre se incluye en el registro de morosos. **(STS de 6 de marzo de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D.^a Luz y D. Imanol ejercitaron acción de protección del honor, la intimidad personal y la propia imagen frente a Caja de Ahorros B, derivada del hecho de que la entidad bancaria habría promovido la inclusión del nombre de los demandantes en dos registros de solvencia patrimonial de forma injustificada e indebida, ya que el cargo efectuado en la cuenta corriente de los actores era indebido, puesto que se habría cancelado anticipadamente el préstamo con garantía hipotecaria suscrito por subrogación del mismo a otra entidad financiera y dado orden de cancelación de los contratos vinculados a éste, esto es, el contrato de seguro de hogar y la cuenta corriente en la que figuraba el descubierto. Por ello, los demandantes entienden que la deuda que fue inscrita en los registros de morosos era inexistente o cuanto menos controvertida. Los actores consideraban que la inclusión en los citados registros les causó conside-

rables perjuicios económicos y morales, por lo que reclamaban la eliminación de sus datos y la indemnización por los daños y perjuicios causados, de 18.000 euros (9.000 euros para cada uno de ellos).

El Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Barcelona, en sentencia de 22 de julio de 2009, desestimó la demanda, por entender que no puede considerarse que la inclusión de esos datos se produjese por un crédito no debido o que la entidad bancaria incumpliese los requisitos exigidos por la ley previa cesión de los datos para tal publicación.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16.^a) de 19 de enero de 2011 desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirmó la sentencia apelada. Entiende que la concertación de un préstamo hipotecario, la apertura de una cuenta corriente y la concertación de un seguro de hogar con una compañía perteneciente al mismo grupo empresarial que Caja de Ahorros B integran tres negocios jurídicos diferentes, vinculados entre sí, pero cuyas vicisitudes operan autónomamente, por lo que la extinción del crédito hipotecario de Caja de Ahorros B, por subrogación del mismo a favor del Banco S, no habría de ocasionar de modo automático la extinción de los dos productos asociados.

Contra esta sentencia sólo la demandante D.^a Luz interpone recurso de casación, reiterando los motivos alegados en las dos instancias anteriores. El Tribunal Supremo estima parcialmente dicho recurso, por lo que recova la sentencia dictada en primera instancia y estima parte de la demanda interpuesta. Entiende que los presupuestos de la certeza del descubierto y de la exigibilidad de la deuda son, cuanto menos, dudosos, al haberse probado la cancelación de la operación principal –el préstamo hipotecario– y existir, por ello, la duda de si debían considerarse subsistentes el resto de negocios jurídicos. Tras calificar la actuación de la demandada como abusiva y desproporcionada, el Tribunal Supremo aprecia la existencia de una vulneración del derecho al honor de la recurrente, condenando a la entidad a abonarle 9.000 euros, en concepto de indemnización por los daños morales causados, y a cesar inmediatamente en tal intromisión, realizando lo necesario para eliminar los datos referentes a los demandantes en los registros de morosos y notificando la cancelación a todas las personas a quienes se hubieren comunicado o cedido los mismos.

NOTA.–Resulta ciertamente interesante el uso que el Tribunal Supremo hace tanto de su STS, Sala 3.^a, de 15 de julio de 2010, sobre la interpretación de los requisitos exigidos por el artículo 38 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal como de la Instrucción 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos, relativa a la Prestación de Servicios de Información sobre Solvencia Patrimonial y Crédito. Según la Norma primera de esta Instrucción, la inclusión de los datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias debe efectuarse solamente cuando concurren los siguientes requisitos: a) la existencia pre-

via de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada; b) el requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación; c) la constatación de la concurrencia de estos requisitos por parte de acreedor o de quien actué por su cuenta antes de notificar al responsable del fichero de morosos los datos que vayan a ser incluidos en dicho fichero. A pesar de haberse adoptado bajo la vigencia de la LO 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, esta instrucción continúa en vigor y es frecuentemente citada en las numerosas sentencias dictadas en la materia. (G. M. A.)

2. Derecho a la intimidad personal y a la propia imagen de menores de edad y libertad de información.—El Tribunal Supremo reitera la jurisprudencia constitucional que para la captación y difusión de fotografías de menores de edad en medios de comunicación social exige una protección especial, en beneficio de su interés superior. Así, ni existe un interés público en la captación o difusión de fotografías que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a su propia imagen, pues este derecho fundamental del menor «viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el artículo 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz» (SSTC de 24 de mayo de 1999 y 30 de junio de 2003). La prevalencia del derecho a la libre información (art. 20.1, letra d CE), que en caso de fotografías tomadas a mayores de edad llevaría al examen de las circunstancias concretas del caso para examinar su primacía frente al derecho a la propia imagen del afectado (art. 18.1 CE), no puede defenderse, sin embargo, respecto de menores de edad. En consecuencia, ni la proyección pública de los demandantes, ni el interés informativo suscitado por su persona o por los hechos, ni el carácter público del lugar en que se tomaron las fotografías, son datos que deban ser valorados para la aplicación de la excepción del apartado b) del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto que la intromisión ilegítima se produce en virtud del artículo 4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, además, no existe consentimiento que la legitime (art. 2, apartados 2 y 3, LO 1/1982). El pixelado parcial de los rostros de los menores tampoco excluye el carácter ilegítimo de la intromisión cuando la técnica se aplica de manera ineficaz e insuficiente para hacer irreconocibles sus rasgos. Por lo que respecta a la cuantía de la indemnización, la Sala reitera la doctrina jurisprudencial según la cual la fijación de la cuantía no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una clara desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del *quantum* (entre otras, las SSTS de 19 de octubre de 1990, 15 de diciembre de 1994, 23 de noviembre de 1999, 3 de febrero de 2004 y 21 de diciembre de 2006). (STS de 18 de febrero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—José Carlos, en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad Custodia y Narciso, demandó a H. F., S. A. por intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen suyos y de sus hijos, solicitando una indemnización de 150.000 euros. La vulneración de tales derechos habría estado causada por la publicación, el 16 de enero de 2008, en la portada y en el interior del número 2.943 de una revista propiedad de la demandada, de unas fotografías del actor y sus dos hijos en una playa de Kenia, tomadas con teleobjetivo poco tiempo después de la separación del actor y la madre de los menores.

En su sentencia de 8 de mayo de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid desestima la demanda interpuesta por José Carlos en su propio nombre y estima en parte la interpuesta en nombre y representación de sus hijos, por lo que condena a la demandada al pago de 20.000 euros. La actora, únicamente en lo relativo al importe de la indemnización, y la demandada interponen sendos recursos de apelación que son desestimados por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.^a, por sentencia de 23 de diciembre de 2010.

Actor y demandada interponen sendos recursos de casación que el Tribunal Supremo desestima, confirmando íntegramente la sentencia recurrida. El actor se basa en la inexistencia, en la resolución recurrida, de un equilibrio lógico entre la lesión producida y la indemnización concedida, existiendo a su entender una grave desproporción, por cuanto afecta a menores de edad. La demandada alega, en primer lugar, que los menores pertenecen a una familia conocida en España, que habían sido presentados en sociedad desde su nacimiento de forma voluntariamente consentida por el actor y que se encontraban en un lugar público cuando se tomaron las fotografías, por lo que debía primar el derecho a la información. En segundo lugar, argumenta que no puede existir intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los menores si, como sucedió, su imagen se publicó pixelada, otros medios de comunicación habían publicado con anterioridad imágenes similares de los mismos y las imágenes no reflejaban un momento especialmente íntimo sino familiar que, además, no había sido reservado con anterioridad a la prensa. El Tribunal Supremo desestima cada uno de los motivos invocados por las partes y, en aplicación de la doctrina constitucional, considera que la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información no puede mantenerse cuando los derechos vulnerados afectan a menores de edad, lo que hace innecesario recurrir al examen de las circunstancias concretas del caso. La primacía del interés superior del menor convierte en irrelevante el posible interés público de las imágenes captadas, sin que resulte excluyente que éstas fueran parcialmente pixeladas, puesto que la técnica se aplicó de manera ineficaz e insuficiente y los rostros de los menores resultaban cognoscibles. Respecto de la indemnización, el Tribunal Supremo mantiene la valoración confirmada por la sentencia recurrida puesto que la Audiencia ya había tenido en cuenta la ausencia de datos sobre la difusión del medio y sobre el beneficio obtenido por el causante de la lesión, la ausencia de otro parámetro cuantificable para deducir otra cantidad y la falta de gravedad de la lesión.

NOTA.—Sobre la protección especial del derecho a la propia imagen de menores ya se habían pronunciado, entre otras, la STC de 29 de junio de 2009 (RTC 2009\158) y las SSTs de 19 de noviembre de 2008 (RJ 2008\6055), 17 de junio de 2009 (RJ 2009\3403), 31 de mayo de 2010 (RJ 2010\213420) y 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\8850), esta última reseñada por Andrea Macía Morillo, en el LXVI-IV (octubre 2013) del ADC. La STS de 25 de febrero de 2009 (RJ 2009\2788), que reitera esta misma línea, aclara que la condición de personaje público de los progenitores no se extiende sistemáticamente a sus hijos menores de edad. Más recientemente la STS de 17 de diciembre de 2013 (RJ 2013\8055) reitera la misma doctrina en relación con el reportaje sobre un menor, de 17 años de edad, que se acompañaba de una imagen del mismo recuperándose en el gimnasio de un hospital de lesiones medulares sufridas tras un accidente automovilístico. Según el Tribunal Supremo, la emisión de la imagen del menor era innecesaria dentro de la información facilitada a través del referido reportaje, que pudo emitirse perfectamente sin ella o pixelando su rostro e impidiendo su identificación. Una lectura crítica de esta línea jurisprudencial puede encontrarse en P. Salvador Coderch, A. Rubí Puig, P. Ramírez Silva, «Imágenes veladas. Libertad de información, derecho a la propia imagen y autocensura de los medios», *InDret* núm. 1/2011. Acerca de este tema también pueden consultarse los trabajos de E. Torres-Dulce Lifante, «Imágenes de menores y libertad de información», *La Ley* núm. 7241/2009; M. I. De La Iglesia Monje, «Los menores y el derecho a la imagen», *RCDI* núm. 723/2011; J. R. De Verda y Beaumont, E. Soriano Martínez, «La protección del derecho a la imagen de menores e incapaces», en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, J. R. De Verda y Beaumont, 2011, Thomson-Reuters; A. Paños Pérez, «El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor (1)», *Actualidad Civil* núm. 8/2012; y P. Chaparro Matamoros, «El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2014 (BIB 2013\2445). (*E. F. A.*)

3. Ámbito de aplicación de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE).—La citada Ley viene de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2000/31/CE. Según el artículo 2 LSSICE, la norma se aplicará a los servicios establecidos en España. El establecimiento se hace coincidir con la residencia o domicilio social en España, cuando en éste se encuentra la gestión y dirección de su actividad. Sin embargo, la Ley también es de aplicación para los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado, con establecimiento permanente en territorio español, definiendo éste como la disposición en España, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.

Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.—El artículo 13.1 LSSICE establece que los prestadores de servicios estarán sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esa Ley, determinándose la responsabilidad por el ejercicio de actividades

de intermediación por los artículos siguientes. El Anexo de esa norma señala que «*son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros, y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet*».

No obstante, en los artículos 15 y siguientes LSSICE se recogen los requisitos necesarios para exonerar de responsabilidad a los prestadores de servicios que realicen copia temporal de datos, alojamiento o almacenamiento de los mismos o faciliten enlaces. Entre ellos se encuentra el «conocimiento efectivo», que se define en los artículos 16 y 17 LSSICE. Un prestador de servicios quedará exento de responsabilidad cuando tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de los datos a los que enlaza o que tiene almacenados. Dicho conocimiento se tiene «*cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*». Ahora bien, el Tribunal Supremo ha declarado que tal requisito se cumple no sólo en el supuesto anterior, incluido en el artículo 16 LSSICE, sino que se incluyen también otros medios de conocimiento efectivo (por ejemplo: el conocimiento obtenido por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para obtener, mediatamente o por inferencias lógicas, una aprehensión efectiva de la realidad de que se trate o hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito).

El TJUE ha exigido, además, para que el prestador de un servicio de referenciación en Internet sea considerado responsable, que desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados (STJUE de 23 de marzo de 2010). Si tuviera un papel pasivo (por ejemplo: almacenando datos a petición de un anunciante), no será responsable, salvo que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de esos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirarlos o no impida el acceso a los mismos.

Por otro lado, no cabe exigir a un prestador de servicios de alojamiento de datos que establezca sistemas de filtrado para bloquear la transmisión de archivos, incluso aunque éstos vulneren los derechos de autor. En la medida en que tales sistemas no pueden distinguir entre contenidos lícitos e ilícitos, su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito. Lo contrario vulneraría la libertad de información y sería contrario a la normativa comunitaria, tal como ha declarado el TJUE en una sentencia de 16 de febrero de 2012. (STS de 4 de marzo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—B interpuso demanda de protección de su honor contra *Google Inc.* y contra su director ejecutivo. La conducta que se les imputa era el permitir el enlace a las páginas web de T5, PRN y LPI, que contenían artículos en los que se hacía referencia a B como implicado en la denominada «Operación Malaya». B se dirigió en diversas ocasiones a la demandada solicitando la retirada de determinados contenidos por su falsedad. En un determinado

momento, se les informa de la existencia de un procedimiento judicial en marcha y, posteriormente, se remite por fax una carta dirigida a la directora de *Google Spain*, comunicándole que una resolución judicial había determinado que la información de PRN era falsa y que su autor había sido condenado a pagar una indemnización y a rectificar.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda aplicando el artículo 17 LSSICE. Consideró que los demandados no eran responsables porque no existía resolución de órgano competente que declarara la ilicitud de la información y, por tanto, no tenía conocimiento efectivo de la misma, por lo que no le era exigible a *Google* ninguna diligencia de retirar la información.

La Audiencia Provincial confirmó la resolución anterior, desestimando el recurso de apelación. Declaró aplicable la LSSICE desde la perspectiva territorial, al operar la demandada en España a través de una oficina permanente. Aplicó también la exoneración de responsabilidad del artículo 17 LSSICE, basándose en los siguientes motivos: 1) *Google* se limitaba a ser un prestador de servicios en una red de comunicaciones; 2) no había actuado de forma negligente al no retirar los contenidos, ante las comunicaciones remitidas por el demandante, pues no se le había remitido copia de la resolución judicial señalada.

El actor plantea recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Alega, en primer lugar, la no aplicación subjetiva de la LSSICE a *Google Inc.*, por tener su domicilio en Estados Unidos. El Alto Tribunal desestima este motivo al entender que la aplicación de la LSSICE es correcta, en la medida en que *Google Inc.* dispone, conforme al artículo 2 LSSICE, de una oficina de ventas en España, es decir, dispone aquí de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realiza toda o parte de su actividad.

En segundo lugar, alega el recurrente la indebida aplicación del artículo 17 LSSICE, pues la demandada tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de la información y no actuó con la diligencia debida. El Tribunal Supremo afirma que de los hechos acreditados no puede inferirse de forma lógica que la información era falsa ni tampoco que se revelara de su contenido su carácter ilícito. No es suficiente, a estos efectos, para entender responsable a *Google*: 1) que la persona ofendida se haya dirigido a ella solicitando la retirada de la información; 2) que se pusiera en conocimiento de la demandada el inicio de acciones civiles ni la carta comunicando la existencia de una resolución judicial, pues no se remitía copia de la misma. Además, los términos de la carta remitida a la demandada no eran ciertos, pues esa resolución judicial no determinó la falsedad de la información, ni condenó a pagar ni a rectificar al demandado, al consistir en un auto de homologación. En definitiva, el Tribunal Supremo no aprecia vulneración del artículo 17 LSSICE.

Finalmente, el recurrente alegó la infracción del artículo 7.7 de la LO 1/1982, que establece, como intromisiones ilegítimas, la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que, de cualquier modo, lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. El Tribunal Supremo desestima igualmente este

motivo con la misma argumentación del motivo anterior, dada la falta de conocimiento efectivo de la ilicitud de la información.

NOTA.—Poco más de un año después de la sentencia aquí reseñada nos encontramos con la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014 sobre el llamado «derecho al olvido». Se trataba de un supuesto similar. Un señor presenta una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos contra *La Vanguardia*, *Google Spain* y *Google Inc.*, porque cuando introducía su nombre en el motor de búsqueda de *Google*, aparecían enlaces que llevaban a sendas páginas del periódico señalado, de 19 de enero y 9 de marzo de 1998, donde figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas con la Seguridad Social, que mencionaba el nombre del reclamante. Se solicitaba la eliminación de la información de las citadas páginas web y que eliminaran sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces, en la medida en que el embargo estaba resuelto desde hacía años y carecía de relevancia en ese momento. La AEPD estimó la reclamación contra *Google* y ésta interpone recurso ante la Audiencia Nacional, que es la que plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE. Éste señaló lo siguiente: *a)* la actividad del buscador, consistente en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla automáticamente y ponerla a disposición de los internautas debe calificarse de tratamiento de datos personales, conforme al artículo 2.b) de la Directiva 95/46/CE, por lo que el buscador es responsable de dicho tratamiento; *b)* el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, enlaces a páginas web publicadas por terceros y que contengan información de esa persona, incluso aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita [arts. 12.b y 14.1.ª) de la Directiva 95/46/CE]; *c)* el derecho del afectado a que su información personal no aparezca vinculada a su nombre en una lista de resultados prevalece sobre el interés económico del motor de búsqueda y sobre el interés del público en acceder a dicha información, salvo que el derecho de acceso a la misma del público prevalezca y quede justificada la injerencia en sus derechos fundamentales por desempeñar el interesado un papel importante en la vida pública. Tras esta sentencia, *Google* ha puesto a disposición de sus usuarios un formulario para solicitar la eliminación de sus datos personales en el motor de búsqueda. (S. L. M.)

4. Protección del derecho al honor e intimidad personal. Pluralidad de responsables. Obligación solidaria. La obligación *in solidum* no permite obtener diferentes reparaciones a cargo de los distintos responsables, sino una sola cuya satisfacción puede exigir a cualquiera de ellos.—En materia de derechos fundamentales, la obligación de responder por los daños causados por más de un agente, debe ser calificada como obligación solidaria o *in solidum* (STS de 31 de mayo de 2011). Esta clase de obligaciones solo pueden ejecutarse una sola vez. En este sentido, el principio

indemnizatorio se opone a que una persona que ha recibido la reparación íntegra de su perjuicio pueda, por segunda vez, obtener una nueva reparación. Ya que la concurrencia de dos o más autores en la producción del daño, o de dos o más personas en el deber de atendimiento de su reparación, naturalmente no conlleva una multiplicación de reparaciones o un acrecentamiento del cuántum realmente satisfactorio, sino que lo único que sucede es que se multiplican o acrecientan las posibilidades del lesionado de cara a su íntegra satisfacción. En el caso en cuestión, la demandante perjudicada pudo entablar un nuevo pleito y dirigirse contra otro de los sujetos causantes de la lesión, pero sólo para pedir que se declarase a este otro demandado responsable solidario respecto de la condena ya dictada, y no para solicitar una nueva y distinta indemnización, ya que en otro caso se multiplicaría indebidamente la indemnización por los mismos hechos. (STS de 7 de marzo de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña J. promovió demanda de protección del derecho al honor e intimidad contra las mercantiles GT, S. A. y AE, S. L. por las declaraciones y comentarios que se hicieron sobre ella y su vida privada durante varios días en un programa de máxima audiencia nacional, al contener informaciones falsas y revelándose datos íntimos de su vida personal, transmitiendo una visión injustamente denigrante y negativa de la misma. En dicho proceso se reservó acción para demandar a uno de sus contertulios en un nuevo juicio. Seguidos por sus trámites, se estimó parcialmente la demanda y se condenó solidariamente a los demandados al abono de 24.000 €. Doña J. promovió asimismo igual acción en otro procedimiento contra don B. (respecto del que se había reservado el ejercicio de la acción civil), reclamando el abono de una nueva indemnización. Tanto el Juzgado como la Audiencia de Madrid estimaron parcialmente esta otra demanda y condenaron a don B. al pago de 9.000 €. El Tribunal Supremo acogió el recurso de casación interpuesto por el demandado al estimar que los hechos y la causa petendi en ambos procesos era idéntica, aunque fueran distintos los demandados, quienes estaban ligados por un vínculo de solidaridad. (F. L. S. N.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

5. Compraventa de viviendas: Los elementos comunes que constan en el folleto publicitario forman parte del contrato.—La publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la LGDCU de 1984, y origina responsabilidad del oferente. En este sentido, artículos 1096, 1101, 1256 y 1258 CC (STS de 3 de julio de 1993. En sentido análogo, STS de 8 de noviembre de 1993).

La STS de 15 de marzo de 2010, en estos términos, impone a quienes ofertan, promocionan o publicitan con fines de venta de viviendas el cumplimiento de determinadas obligaciones en orden a clarificar y concretar los términos de su prestación a fin de que el comprador tenga una representación cabal de lo que va a adquirir, lo que se obtiene del documento contractual y de otros que, fuera de él, debe entenderse que lo completan, integrando todo

ello el contenido negocial en los términos establecidos en el artículo 1285 CC. Es el caso de los planos, descripciones constructivas e incluso folletos publicitarios, indicando que a esta finalidad respondió el RD 515/1989 sobre Protección de los Consumidores, en concreto los artículos 3 y 4, y la LGDCU de 1984, artículo 13.2.

Los datos, características y condiciones que se incluyan en la publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado.—Así el artículo 3.2 del RD 515/1989, de 21 abril, sobre protección de los consumidores, en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos de viviendas. Norma que es coincidente con la LGDCU, tanto la de 1984, como la del Texto Refundido de 2007. Y es concordante con las normas del Código civil sobre autonomía de la voluntad y eficacia de los contratos, ya que disponen la obligatoriedad de lo pactado contractualmente (*pacta sunt servanda*, art. 1091 CC) y lo que aquí se valora es que el contrato —lo pactado en él— no sólo en su texto, sino lo que se ha ofrecido en la publicidad. (STS 28 de febrero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los propietarios de varias Comunidades demandaron a la entidad mercantil a la que habían comprado sus respectivas viviendas exigiendo la indemnización del perjuicio causado, al ser de cuenta de la vendedora la ejecución de la urbanización de la que forman parte cada una de las viviendas. El planeamiento urbanístico de la zona expresamente impedía que el lugar donde el folleto publicitario colocaba la piscina, pista de pádel y club deportivo fueran de titularidad privada. Sin embargo, en el folleto publicitario de la promoción constaba expresamente que los adquirentes recibirían dentro de los elementos comunes la piscina, pista de pádel y club deportivo. Estos elementos no se entregaron en propiedad, lo que motivó la demanda de los actores.

El Juzgado estimó la demanda aunque moderó la indemnización. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia apreciando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada. (F. L. S. N.)

6. Arrendamiento financiero o *leasing* y nacimiento de obligaciones recíprocas. Calificación de los créditos derivados de las cuotas devengadas tras la declaración de concurso.—El Tribunal Supremo declara en esta sentencia que para que el crédito contractual contra el concursado pueda ser calificado como crédito contra la masa en los términos del artículo 84.2.6.º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, es necesario, conforme a su artículo 61.2, que derive de un contrato con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso. En consecuencia, se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes cumplió su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas. Por lo que respecta al contrato de arrendamiento financiero en particular, éste genera obligaciones recíprocas aunque el valor de las prestaciones no sea equivalente, pues en la renta se

incluyen conceptos ajenos al uso. El cesionario del uso de la cosa ostenta un derecho de crédito contra la entidad financiera que le faculta a usar y que tiene como correlato la obligación de ésta de prestarle ese uso, más allá de la mera entrega y durante el tiempo de vigencia de esa relación. Para determinar si la relación jurídica nacida del contrato de arrendamiento financiero sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, por estar pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas a cargo de las dos partes, habrá que atender a lo válidamente pactado y en defecto de pacto al contenido natural del contrato. **(STS de 12 de febrero de 2013;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En 2006 la entidad mercantil B, S. L. suscribió dos contratos de arrendamiento financiero con el Banco A, S. A. El 20 de octubre de 2009, vigentes los contratos, B, S. L. fue declarada en concurso voluntario de acreedores. Su administración concursal atribuyó a los importes de las cuotas vencidas e impagadas antes y después de la declaración de concurso la condición de créditos concursales con privilegio especial y no incluyó las cuotas correspondientes a vencimientos posteriores al concurso en la relación de créditos contra la masa. El Banco A, S. A. promovió incidente concursal contra B, S. L. y su administración concursal, al entender que el crédito de que era titular no estaba incluido entre los créditos contra la masa.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, en sentencia de 22 de junio de 2010, desestima la demanda al entender que el artículo 90.1.4.º LC contiene una norma de calificación de los créditos de arrendamiento financiero que no distingue entre las cuotas anteriores y las posteriores a la declaración del concurso. La Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.ª, en su sentencia de 26 de abril de 2011, desestima el recurso interpuesto por el Banco A, S. A. y confirma la sentencia recurrida, al considerar que una vez perfeccionado el contrato mediante la puesta a disposición del bien, por parte del banco, a favor de la compañía arrendataria B, S. L., tan sólo estaban pendiente de cumplimiento las obligaciones de pago de las cuotas convenidas por parte de esta última.

El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el Banco A, S. A. y confirma la sentencia de la Audiencia. Respecto del recurso de casación, que es el que presenta un mayor interés para el fondo del asunto, el Tribunal Supremo reitera la doctrina de la Sala según la cual la reciprocidad de obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contrapartida, contravalor o contraprestación por depender la una de la otra, aunque no exista equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Ahora bien, en el caso del arrendamiento financiero la realidad demuestra que es frecuente que la finalidad práctica perseguida por la arrendataria se centre en los aspectos financieros y en las ventajas tributarias que para ella supone acudir al mismo como fórmula para optar a la adquisición de los bienes arrendados. Al primar su interés en la adquisición del bien

mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual, sobre el de la utilización por el tiempo pactado, la arrendadora puede en ocasiones desvincularse de las obligaciones clásicas que le impone el Código civil. En consecuencia, y dado que las partes convinieron que el Banco A, S. A. ya había cumplido todas sus obligaciones, salvo la de entrega de la titularidad del bien en caso de ejercicio de la opción de compra por la compañía B, S. L., una vez perfeccionado el contrato tan sólo estaban pendiente de cumplimiento las obligaciones de pago del arrendatario, esencialmente de las cuotas en las que se convino el fraccionamiento de pago.

NOTA.—Sobre la imposibilidad de calificar de créditos contra la masa los posteriores a la declaración de concurso cuando sólo el arrendador financiero ha cumplido íntegramente la prestación, dada la pérdida de reciprocidad de la obligación, se han pronunciado también las SSTS de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013\2568), 11 de julio de 2013 (RJ 2013\5198), 11 de febrero de 2014 (RJ 2014\1087) y 24 de marzo de 2014 (RJ 2014\1756). La primera de ellas establece, además, que la existencia de cláusulas contractuales que liberan a la entidad arrendadora del saneamiento por evicción y vicios ocultos, así como de la obligación de hacer reparaciones, no impiden calificar el crédito como de concursal una vez declarado el concurso, dado que la obligación de abstenerse de perturbar la posesión no constituye más que un deber de conducta general, implícito en el *pacta sunt servanda* una vez cumplida la entrada e insuficiente, por sí solo, para atribuir al crédito de la arrendadora el tratamiento de crédito privilegiado. (E. F. A.)

7. Acción pauliana y concurso de acreedores: Legitimación de la Sindicatura.—La Sindicatura de un concurso de acreedores iniciado antes de la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal está legitimada para el ejercicio de la acción pauliana, si atendemos a que la vigente legislación da como pauta de actuación a los jueces y tribunales la de poner las normas derogadas «en relación con las del concurso regulado por ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad» (disposición adicional primera LC). (STS de 18 de abril de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Habiéndose realizado un acuerdo transaccional entre las codemandadas (una empresa y una particular que actuaba en interés de otra empresa), la sindicatura del concurso de acreedores de la particular mencionada y su marido solicitó la rescisión de dicho acuerdo por haber sido realizado en fraude de acreedores. Las codemandadas alegaron la falta de legitimación activa de la demandante. En Primera Instancia se estimó la excepción formulada, sin entrar en el fondo del asunto, por entender que la acción pauliana sólo puede ser ejercitada por el acreedor individual afectado y en nombre propio, no pudiendo hacerlo los síndicos. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso interpuesto por la sindicatura del concurso, alegando que la jurisprudencia distingue entre las acciones revocatorias ordinarias y las acciones revocatorias concursales, y que sólo estas últimas pueden ser ejerci-

tadas por los síndicos. En casación, la Sindicatura alegó un único motivo, la infracción de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1218 LEC 1881) en relación con el artículo 1111 CC. El concurso había sido instado antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El Tribunal Supremo casó la sentencia y declaró que la Sindicatura está legitimada para el ejercicio de la acción.

NOTA.—El Tribunal Supremo hace una interpretación de la legislación derogada conforme a los criterios de la vigente legislación concursal y admite la legitimación para el ejercicio de la acción pauliana por parte de la Sindicatura alegando que en la antigua legislación nada se decía al respecto mientras que en la vigente no sólo se regula la revocatoria concursal, sino que expresamente se dice que es compatible con el ejercicio de otras acciones de impugnación de los actos del deudor (entre las que se considera que se encuentra la acción pauliana al no existir razón para excluirla) y que la legitimación en este caso corresponderá a la administración concursal salvo cuando los acreedores insten por escrito el ejercicio de la acción a la Sindicatura del concurso y ésta no lo hiciere en el plazo de dos meses desde dicho requerimiento (art. 72 LC). (C. J. D.)

8. Contrato de obra. Novación extintiva: no se presume.—El efecto novatorio, en sentido propio o extintivo, depende de la voluntad de los contratantes, esto es, de la concurrencia de un *animus novandi* (SSTS de 27 de diciembre de 1980, 26 de mayo de 1981, 7 de junio de 1982 y de 14 de noviembre de 1990, entre otras), que puede exteriorizarse de modo expreso o tácito (STS de 4 de abril de 2011). En todo caso, la voluntad de novar no se presume (SSTS de 4 de abril y 8 de julio de 2011), sino que ha de ser comprobada por medio de la interpretación (SSTS de 6 de febrero y 14 de diciembre de 2006).

Cláusula penal: cuándo no se permite su moderación.—No se permite moderar la cláusula penal cuando está expresamente prevista para el incumplimiento parcial o para el cumplimiento deficiente o retardado (STS de 17 de enero de 2012).

La previsión contenida en el artículo 1154 CC descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional si tal incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes (SSTS de 1 de junio de 2009, 1 de octubre de 2010 y 17 de enero de 2012). (STS 19 de febrero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Con fecha 18 de septiembre de 1997 se suscribió un contrato de obra para la construcción de un edificio entre una promotora y una constructora, con suministro de materiales y con precios de obra fijos y cerrados que formaron parte del contrato. El plazo de ejecución se estableció en 18 meses. Quedó probado que se desarrollaron trabajos superiores a los previstos inicialmente en el proyecto, excesos que en parte fueron imputables a la constructora por apartarse del proyecto, y también a los técnicos de la promo-

tora por su escasa vigilancia en las tareas que en este apartado se estaban ejecutando deficientemente.

El Juzgado estimó parcialmente la acción de la constructora al entender que la demandada había incumplido su obligación de pago de la obra realmente ejecutada. Igualmente estimó parcialmente la reconvenición al considerar que se habían producido 117 días naturales de retraso, de acuerdo con una cláusula penal que recogía el contrato. La Audiencia apreció parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las partes, al rebajar la cantidad a pagar por la promotora y ampliar los días de retraso de la constructora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la constructora.

NOTA.—El elemento esencial de la novación es el *animus novandi*. Las partes son libres para construir un caso concreto en la forma que consideren conveniente. La clave para determinar si se ha querido extinguir o no está por tanto en el *animus novandi* probado, o en el *animus novandi* presumido de la incompatibilidad entre las obligaciones.

El artículo 1154 CC no permite reducir o moderar una pena convencional porque sea excesiva, ya que éste es tema que pertenece a la autonomía de la voluntad de las partes. Sólo la modera cuando, prevenida para el incumplimiento total, el incumplimiento es parcial o irregular [vid. Díez-Picazo L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* II (Madrid 2008) p. 468]. (I. D.-L.)

9. Contrato de compraventa. Plazo de entrega: basta su determinabilidad para la validez del contrato.—Nuestro Código civil, artículos 1.261 en relación con los artículos 1.271, 1.272 y 1.273, establece la determinación del objeto del contrato como un presupuesto de la validez del mismo. Pero también, y en esta misma línea, la interpretación de los citados preceptos permite concluir que dicho presupuesto se considera cumplido tanto si el objeto se encuentra absolutamente determinado en todos sus extremos, como si su concreción se produce conforme a criterios de determinabilidad que operan dicho resultado sin necesidad de subsanación o de un nuevo convenio.

Condiciones generales de la contratación: control de transparencia, definición y alcance.—El control de transparencia, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

El aval en garantía de la Ley 57/1968, de 27 de julio: imbricación en la estructura contractual y régimen de aplicación.—Los avals o garantías de las cantidades entregadas a cuenta, ley 57/1968, de 27 julio, están configurados una obligación legal, de carácter esencial, que atañe o compete al vendedor de la vivienda en proyecto o en construcción. Su tipicidad, conforme a la naturaleza del contrato de compraventa, se imbrica en el funcionamiento de la reciprocidad obligacional tendente a garantizar el cumplimiento del contrato;

construcción de la vivienda y pago de la misma. En el plano de su régimen de aplicación, por mor de la tipicidad expuesta, cabe diferenciar dos supuestos. En la fase de pendencia de la obra proyectada, o en su construcción, el aval opera como una propia obligación bilateral, de forma que el futuro adquirente puede tanto oponer una excepción a la entrega de la cantidad anticipada, si éste no se otorga, como proceder a la resolución del contrato si entregada o dispuesta dicha cantidad el vendedor se niega a otorgar el preceptivo aval. En este sentido, el aval viene a constituir la causa de la obligación de entregar de la cantidad y viceversa (art. 1274 CC). Todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y su proyección con la doctrina de los actos propios. En la fase de realización de la prestación, construcción terminada de la vivienda, si la obligación del aval no ha resultado exigida por el adquirente su constitución carece de sentido pues con la entrega o puesta a disposición de la vivienda su función se reconduce al ámbito propio del cumplimiento o incumplimiento contractual.

Supuestos en los que el retraso en el cumplimiento de entrega de la cosa no justifica la resolución del contrato.—El mero retraso puede considerarse no resolutorio cuando el término no fue configurado como esencial, no se frustra la finalidad del contrato y el cumplimiento tardío sigue siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses.

La excepción de contrato no cumplido no puede fundamentar la pretensión de resolución del contrato.—La aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, como derecho o facultad dispuesto para poder rechazar el cumplimiento de una obligación que no se ajusta la ejecución del programa de la prestación previsto, no se extiende o ampara aquellas pretensiones cuya causa de pedir gravita en el incumplimiento propiamente dicho de la obligación, cuestión que ocurre cuando se pretende que el término esencial del plazo comporte el incumplimiento resolutorio del contrato. (STS de 11 de abril de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El litigio trae causa de un contrato privado de compraventa de dos viviendas en construcción. Las cuestiones, principales del pleito versan sobre la determinabilidad del plazo de entrega de las viviendas compradas como requisito objetivo del contrato y, en su caso, su carácter esencial en orden a fundar el incumplimiento del vendedor; todo ello apoyado, además, en legislación autonómica y sectorial: Ley 8/2004, de 20 octubre, de la Generalitat Valenciana, de la Vivienda, Real Decreto 515/1989, de 21 abril, sobre protección de los consumidores en la compraventa de viviendas, así como la Ley 57/1968, de 27 julio, sobre garantías de las cantidades entregadas a cuenta. En ese contexto, la parte compradora instó la condena de la vendedora al reintegro y pago de las cantidades entregadas a cuenta y subsidiariamente la rescisión del contrato. La vendedora a su vez solicitó el cumplimiento del contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda de los compradores y estimó parcialmente la demanda a instancia de la entidad mercantil acogiendo todas sus pretensiones salvo las relativas al pago de las modificaciones de obra realizadas en cada una de las viviendas. Recurrida en apelación por los compradores la sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso considerando, en suma, que efectivamente la parte vendedora se

retrasó en el plazo de entrega de las viviendas, pero sin embargo no es un incumplimiento esencial que justifique la resolución del contrato. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto. (*C. O. M.*)

10. Contratos. Contratación de menores para la práctica del fútbol profesional. La tutela del interés superior del menor determina la nulidad del precontrato suscrito y de la cláusula penal que lo garantiza, cuando los mismos se celebran por los representantes legales del menor con infracción del derecho al desarrollo de su libre personalidad.—La presencia del interés superior del menor exige que la posible validez de la relación negocial sea contrastada con los límites a la autonomía de la voluntad así como los que se derivan de la representación de los hijos, la cual nace de la ley y se ejerce en interés del menor. En este sentido, debe reconocerse que la tutela del interés superior del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada por la celebración de un complejo negocial dirigido a establecer una vinculación laboral por diez años, lo que supone una duración que sobrepasa, con creces, el derecho de decidir el menor por él mismo sobre un aspecto tan esencial como es su futuro profesional. En tales casos, deben entenderse de aplicación las restricciones contenidas en el artículo 166 CC, y exigirse la necesaria autorización judicial como presupuesto previo de validez de dichos contratos. Por ello, no cumpliéndose tales condiciones debe declararse la nulidad del precontrato y de la cláusula penal vinculada al incumplimiento del mismo. (**STS de 5 de febrero de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Los padres del menor suscribieron en un mismo acto sendos contratos en representación de su hijo, en lo que era una práctica de contratación típica en el ámbito futbolístico, a favor de un determinado club de Primera División. Así, se suscribió un contrato para la formación del menor que duraría hasta cumplir la mayoría de edad, y un precontrato de trabajo de prestación de servicio profesional como futbolista que debería hacerse efectivo una vez tuviera dieciocho años. Para asegurar la firma del posterior contrato de trabajo se estableció una cláusula penal por importe de tres millones de euros, a pagar por el interesado en caso de no querer formalizar su contrato de trabajo como futbolista profesional. Sin embargo, al cumplir la mayoría de edad el joven decidió no formalizar el contrato de trabajo y desvincularse de la disciplina del club con el que estaba ligado para fichar por otra entidad. El club deportivo afectado demandó al jugador por el incumplimiento del precontrato y solicitó el abono de los tres millones de euros pactados en la cláusula penal. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y moderó la cantidad a abonar en concepto de indemnización. La Audiencia Provincial de Barcelona acogió el recurso de apelación de la actora y condenó al demandado al pago íntegro de los tres millones reclamados. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de apelación de la parte demandada. (*L. A. G. D.*)

NOTA.—La decisión del Alto Tribunal en este caso resulta ciertamente novedosa. No es la primera vez que se hace eco de un asunto

similar. Sin embargo, hasta ahora se había mantenido la validez de la cláusula penal y, por consiguiente, el derecho del club afectado a cobrar el importe de la misma cuando el precontrato suscrito no se materializaba, por voluntad del futbolista, en un posterior contrato de trabajo. Así, puede verse, entre otras, en SSTs de 15 de febrero de 1994 y de 28 de noviembre de 2001. El recurso al interés superior del menor y la necesidad de contar con autorización judicial previa implican un significativo cambio de criterio en la doctrina mantenida hasta ahora. (*L. A. G. D.*)

11. Compraventa de inmuebles en construcción. Resolución por incumplimiento del vendedor. Doctrina jurisprudencial sobre los criterios a aplicar para determinar si la falta de otorgamiento de la licencia de primera ocupación es causa de resolución del contrato.—En relación con el contenido de la obligación de entrega de la cosa vendida, la STS de 10 de septiembre de 2012 reitera que quien construye para vender no puede desconocer este deber, siendo a dicha parte a la que incumbe cumplir el compromiso administrativo de gestionar la licencia de primera ocupación, y de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto. Al examinar las consecuencias del incumplimiento de esa obligación, la sentencia del Pleno referida fija doctrina general sobre los efectos resolutorios, por incumplimiento contractual del vendedor, de la falta de licencia de primera ocupación, con base en los siguientes criterios:

(i) La falta de cumplimiento del deber de obtención de la licencia de primera ocupación por parte del promotor-vendedor no tiene, en principio, carácter esencial, salvo si se ha pactado como tal en el contrato o lleva consigo un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble, según las condiciones pactadas en el contrato.

(ii) Debe valorarse como esencial la falta de obtención de licencia de primera ocupación en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible la contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente.

(iii) De conformidad con las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria, corresponde a la parte contra la que se formula la alegación de incumplimiento, es decir, a la parte vendedora (obligada, en calidad de agente de la edificación, a obtener la licencia de primera ocupación), probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

La obligación de entregar la licencia de primera ocupación es un deber que incumbe al promotor-vendedor y su incumplimiento puede tener carácter esencial según las circunstancias concretas del caso.—La doctrina de esta Sala, fijada en la STS del Pleno de 10 de septiembre de 2012, viene mostrándose a favor de la tesis según la cual la obligación de entregar la licencia de primera ocupación es un deber que incumbe al promotor vendedor al amparo del artículo 1258 CC y cuyo carácter esencial, en caso de no tenerse contractualmente como tal, también puede derivar de las concretas circunstancias del caso.

La no concesión de la licencia de primera ocupación por infracción de la normativa urbanística: consecuencias.—Lo verdaderamente relevante para reputar el incumplimiento de esencial es la probada existencia de iniciativas de la Administración tendentes a poner de manifiesto el incumplimiento de normas urbanísticas, que dieron lugar a un procedimiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aun pendiente de resolución, sin que, por el contrario, la parte promotora acreditara en su momento —como era su deber en atención a las reglas que disciplinan la carga probatoria y el principio de facilidad probatoria— que la falta de licencia obedeciera a una simple demora, y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos en que se funda su otorgamiento.

El incumplimiento debe valorarse con arreglo a la situación preexistente a la interposición de la demanda.—El incumplimiento de la vendedora debe valorarse con arreglo a la situación preexistente a la interposición de la demanda, de tal forma que la circunstancia de que los compradores no se vean definitivamente privados de sus derechos de ocupación y uso del inmueble adquirido no palió los efectos del previo incumplimiento de la vendedora, determinante de que los compradores hayan permanecido durante más de 7 años —más allá de lo exigible— en una situación de incertidumbre y de razonable frustración de las legítimas expectativas que tenían al contratar —las cuales no pasaban por soportar una espera de tantos años—. **(STS de 20 de marzo de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En octubre de 2003 el matrimonio formado por E y F suscribió con la sociedad mercantil X un contrato privado de compraventa de inmuebles en construcción. En las estipulaciones del contrato se acordó que la entrega de la vivienda tuviera lugar una vez finalizada su construcción y antes del 1 de julio de 2005, pero aceptando ambas partes que la vendedora pudiera prorrogar esta fecha hasta el 31 de octubre de 2005 como máximo. A tal efecto se estipuló que los inmuebles se tendrían por finalizados para su entrega cuando la dirección técnica expidiese el correspondiente certificado final de obras. Expedido dicho certificado la parte compradora manifiesta su voluntad de resolver el contrato por falta de entrega efectiva de la vivienda, en cuanto que no se ha obtenido el otorgamiento de la licencia de primera ocupación. La vendedora se opone argumentando que contractualmente la entrega efectiva no dependía de la obtención de la licencia de primera ocupación sino únicamente de la obtención del certificado de final de obra. Es un hecho probado que la entidad mercantil solicitó al Ayuntamiento la licencia de primera ocupación y no recibió respuesta en los tres meses siguientes. La vendedora admitió que estaba pendiente de resolver el procedimiento contencioso-administrativo seguido a instancias de la Administración en relación con la posible irregularidad, por contravención de normativa urbanística, de la licencia de obras para la construcción de la promoción de las viviendas. La parte compradora instó judicialmente la resolución del contrato y la devolución de las cantidades abonadas más los intereses. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. *(C. O. M.)*

12. Contrato de obra: obligación de resultado.—La obligación de resultado se caracteriza por integrar en el contenido de la prestación el resultado buscado por las partes; de forma que la diligencia del deudor se proyecta en orden a la obtención del resultado querido, con relación a una peculiar distribución de los riesgos, caso de los artículos 1589 y 1590 CC. No obstante, lo que no puede inferirse de este contenido de la prestación calificado por el resultado es que, en sí mismo considerado, determine de un modo objetivo las perspectivas valorativas de la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor que también concurren en la dinámica del cumplimiento de la obligación, de un modo diferenciado.

Obligación de resultado y caso fortuito.—En el plano de la liberación del deudor la caracterización de la obligación de resultado no excluye la aplicación de la regla general de exoneración del deudor en el supuesto del caso fortuito, artículo 1105 CC. En estos casos, siguiendo la pauta de *la pérdida sin culpa*, de la imposibilidad fortuita en las obligaciones de entregar una cosa (arts. 1182 y 1184 CC), la imposibilidad sobrevenida que resulta liberatoria en el caso fortuito es aquella que precisamente no resulta imputable al deudor, conforme a los criterios de diligencias y previsión derivados del cumplimiento de la obligación. (STS de 26 de abril de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Una entidad mercantil demandó los daños y perjuicios sufridos por los vicios constructivos derivados de la realización de un muro. Los codemandados fueron dos sociedades mercantiles y dos personas físicas que participaron en su construcción. Quedó probado que el muro se realizó adecuadamente sin que fuesen achacables a vicios de ejecución los daños acontecidos en la obra.

Tanto el juzgado como la audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El caso fortuito se caracteriza no sólo por la ausencia de culpa o negligencia, sino también por el hecho de que el impedimento de prestación derive de un suceso extraño al ámbito que pueda controlar el deudor.

Por otro lado, cuando se trata de contratos en los que el deudor garantiza el resultado el deber de pago sólo se produce al lograrse el resultado. En línea con este planteamiento, el artículo 1589 CC imputa al contratista el riesgo de la pérdida del material hasta el momento de la entrega de la obra, porque la obra constituye una prestación de resultado. El artículo 1590 CC responde a un criterio semejante: el contratista no puede reclamar el precio establecido cuando la obra se destruye antes de haber sido entregada al comitente. [Véase Cabanillas Sánchez A., *Las obligaciones de actividad y de resultado* (Barcelona 1993), p. 45.]. (I. D.-L.)

13. Contrato de obra. Acción directa ejercida por el subcontratista contra el dueño de la obra. Pago mediante crédito documentario configurado como irrevocable. Naturaleza *pro solvendo* del crédito documentario al estar condicionado al cumplimiento de determinados requisitos.—El eje del litigio pivota sobre la cuestión de si, al configurarse el crédito documentario como irrevocable, su emisión y entrega al banco pagador tenía efectos de pago desde el momento de su libramiento, o si era necesario esperar a la entrega del importe al beneficiario del crédito, para poder considerarlo satisfecho.

El hecho de que, no obstante su carácter irrevocable, se condicionara su efectividad a la presentación de determinados documentos indica a las claras que la emisión del crédito documentario no tuvo efectos «pro soluto», sino «pro solvendo»; quedando suspendidos los efectos del pago y, entre ellos, el principal de la liberación del dueño de la obra, hasta que la orden de pago se materializase. Más aún al considerarse que el banco no asume la posición contractual de la promotora en el contrato de obra, del que está absolutamente desvinculado, sino que se limita a participar en una operación de garantía y/o financiación del pago. (STS de 24 de abril de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La promotora BIONEX suscribió un contrato de obra con la contratista CMB, la cual a su vez subcontrató parte de las obras con la sociedad cooperativa TS, SCA. La dueña de la obra y la constructora pactaron el pago de ciertas cantidades, la última de las cuales se instrumentó a través de un crédito documentario irrevocable, que se haría efectivo contra la presentación de los documentos pactados y, en especial, el certificado de recepción provisional de la obra, que fue firmado dos años después. No obstante, debido a problemas financieros de la constructora CMB, el pago de la cantidad representada por el crédito documentario nunca llegó a efectuarse. TS, SCA ejerció la acción directa contra BIONEX, la cual opuso el cumplimiento de todas sus obligaciones y, en especial, la firma del certificado de recepción provisional que habilitaba a la acreedora para exigir el pago del crédito documentario al banco obligado. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Badajoz estimaron la demanda y condenaron al abono de la cantidad que CMB adeudaba a la empresa subcontratada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada. (L. A. G. D.)

14. Valoración de la usura.—La Ley 1/2000 derogó el artículo 2 de la Ley de usura de 1908 (conocida como Ley Azcárate), sustituyendo su previsión por el artículo 319.3 de aquella, que dispone que, «en materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente convicción». Son criterios válidos para determinar la existencia de usura tanto la referencia al interés normal del dinero como la atención a las especiales circunstancias del caso. Es manifiestamente desproporcionado y, por tanto, puede considerarse usurario un préstamo con intereses del cuádruple del interés normal del dinero, concedido al prestatario con un plazo muy breve de vencimiento (en el caso, seis meses) inhabitual en préstamos de naturaleza elevada.

Efectos de la nulidad del préstamo.—Son efectos de la nulidad de un préstamo hipotecario tanto la restitución al prestamista de la cantidad prestada, sin deuda de intereses (art. 3 de la Ley Azcárate), como la nulidad de la hipoteca. El carácter accesorio de la hipoteca justifica su nulidad, una vez que se declara la nulidad del préstamo. (STS de 22 de febrero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Se interpuso demanda solicitando se declarase nulo por usurario un contrato de préstamo hipotecario, con la consiguiente cancelación registral, así como la nulidad de un contrato de opción de compra con la correspondiente cancelación registral. En

Primera Instancia se desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo, revocando parcialmente la anterior, declaró la nulidad del préstamo y de la hipoteca, por usura, y ordenó la cancelación del asiento registral correspondiente, pero declaró válido el contrato de opción de compra. La parte demandante (prestataria) no interpuso recurso de casación; Sí lo hizo, sin embargo, el prestamista, pero el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. No se discute en casación la opción de compra sino la validez del contrato de préstamo y, aunque aquél fuera nulo, la parte recurrente pide que se declare la validez de la hipoteca.

NOTA.—Aunque se cita una sentencia del Tribunal Supremo en sentido contrario (STS de 14 de junio de 1984), la Sala de lo Civil en esta ocasión subraya que, después de ésta, se ha reiterado la jurisprudencia que declara nula la hipoteca cuando es nulo el préstamo garantizado (SSTS de 20 de junio de 2001, 7 de mayo de 2012 y 18 de junio de 2012). El carácter accesorio de la hipoteca en relación con el préstamo justifica sobradamente que el Tribunal Supremo reitere una vez más la doctrina de la nulidad de la garantía hipotecaria en estos casos. (C. J. D.)

15. Dación en pago. Simulación. Préstamo usurario y pacto comisorio. Es evidente que en el caso el aparente negocio de dación en pago no se celebra con finalidad solutoria, sino como medio de encubrir una operación de préstamo a través del cual el propio prestamista levanta el embargo que pesaba sobre la finca de la prestataria; de manera que el importe de la deuda satisfecha es el objeto del préstamo, con un interés del 20% anual y un plazo de vencimiento verdaderamente exiguo (tres meses), haciendo suya la finca si la prestataria no devuelve las cantidades en el breve plazo fijado. No existe una verdadera garantía real, sino que al configurarse el pacto de retro en la forma pactada, la prestamista tiene, no una garantía, sino una expectativa de hacer suya la finca que era objeto de la simulada dación en pago, infringiendo así la prohibición del pacto comisorio contenida en el artículo 1859 CC. Es, pues, un caso de usura, no sólo por el interés, sino especialmente por las circunstancias en que la prestataria veía la subasta inmediata de la finca y la imposibilidad de obtener un préstamo bancario y aceptó el interés consignado porque no podía negarlo y ni siquiera discutirlo. Lo que supone un ejercicio abusivo e inhumano de la actividad de préstamo, que explota una determinada situación subjetiva de una forma absolutamente reprochable. (STS de 1 de marzo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La mercantil PDG suscribió un contrato con doña E. mediante el cual la primera, en concepto de pago por tercero, consignó el importe de la deuda por la que se seguía juicio contra doña E, para así evitar la subasta y levantar el embargo que pesaba sobre un inmueble de su propiedad. En el mismo negocio jurídico, doña E. transmitió a la sociedad PDG, en concepto de dación en pago de la deuda que asumía con ella, la propiedad de la referida finca, estipulándose un pacto de retro por el cual doña E. podría recobrar dicha propiedad en el plazo de tres meses si le reembolsa la cantidad satisfecha más una importante cuantía adicional. Ante la falta de pago en las fechas estipuladas PDG demandó a doña E. para que

entregase la posesión de la finca y se elevara a público el cambio de titularidad dominical. Doña E. se opuso y reconvino solicitando se declarase que la dación en pago con pacto de retro era un negocio simulado que encubría un verdadero contrato de préstamo que, además, tenía carácter usurario dadas las condiciones de necesidad y angustia en las que se pactó, así como el desorbitado interés remuneratorio al que estaba sometido (21%), con un corto plazo para su cumplimiento (tres meses). La Audiencia Provincial de Valencia, revocando la sentencia de instancia, estimó la existencia de dicho préstamo con garantía real y pacto comisorio. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la sociedad actora. (*L. A. G. D.*)

16. Crédito al consumo. Contratos de enseñanza de inglés conectados con contratos de financiación. Gratuidad del préstamo: interpretación.—El hecho de que se fije un interés «0» no determina necesariamente el carácter gratuito del contrato de financiación. En este sentido, la jurisprudencia, ha sostenido que basta con que el prestamista convenga con el proveedor de los servicios una retribución a cargo de éste, para que la gratuidad respecto del consumidor, pese a estar expresamente pactada en la financiación, deba considerarse excluida en el conjunto de la operación, dada la aptitud potencial del oneroso contrato conexo como instrumento para provocar una repercusión en la contraprestación pactada en el otro contrato.

Carácter vinculado de los contratos de financiación: concepto de exclusividad.—El concepto de exclusividad reside en las efectivas posibilidades de que, razonablemente, hubiera dispuesto cada consumidor para optar por contratar con otro concedente de crédito distinto del señalado por las proveedoras y al que las mismas estaban vinculadas por un acuerdo previo. La finalidad de la exigencia y la de toda la norma no puede ser otra que la de proteger la libertad de decisión del consumidor en la elección del financiador. En el supuesto de que esta libertad de decisión no se haya respetado, se deben proteger sus intereses extrayendo consecuencias jurídicas de una conexión contractual determinada sin su colaboración, ya desde el origen de la operación. (**STS de 4 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La actora es una asociación de consumidores y usuarios que litiga en interés de un grupo de alumnos que había concertado contratos de enseñanza de inglés con una determinada academia. Estos alumnos, al matricularse en el curso, suscribieron dos tipos de acuerdos: uno de matrícula del curso, y otro de financiación del mismo. Estos segundos contratos se concertaban, en unos casos, por la propia academia y luego eran cedidos a una entidad financiera; y en otros casos la financiación era concedida directamente por la entidad financiera. Aunque las operaciones de financiación se mantuvieron con una pluralidad de entidades de crédito, no consta que al tiempo de firmarse cada uno de los contratos se ofreciera a los alumnos la posibilidad de escoger entre unas entidades y otras. Posteriormente, debido al incumplimiento de la academia se resolvieron los contratos de enseñanza, lo que determinó la presentación de la demanda para que se declarase la vinculación de los contratos de financiación con los de enseñanza, y la ineficacia de los primeros

como consecuencia de la resolución por incumplimiento de los contratos de enseñanza de inglés. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto. (C. O. M.)

17. Contratos con condición resolutoria.—Una cláusula contractual por la que las partes expresamente pacten que, si llegada una determinada fecha, y no habiéndose verificado unas circunstancias —en este caso, el otorgamiento de una escritura pública por medio de la cual se hiciera la transmisión de las participaciones sociales vendidas y el pago del precio— dicho contrato quedaría automáticamente resuelto debe interpretarse en el sentido de que, para que opere la resolución, no es necesario que el incumplimiento de cualquiera de las circunstancias previstas en esa cláusula resolutoria fuera imputable a la parte correspondiente, sino que, por el contrario, el mero acaecimiento ocasiona por sí la resolución.

Incumplimiento del pacto de fiducia. Efectos del exceso del mandato y existencia de vicios que priven de eficacia al contrato.—El Alto Tribunal recuerda la doctrina contenida en las SSTS de 27 de enero de 2000 y de 30 de junio de 2009, según la cual el exceso del mandato repercute en las relaciones creadas por consecuencia del ejercicio abusivo, en el sentido de que el mandante puede considerarse ajeno a las mismas, por no conformarse a su voluntad, de manera que dichas relaciones carecerán de validez y eficacia frente al principal. Eso sí, los tres adquirentes que desconozcan de la existencia de la fiducia y del incumplimiento de las instrucciones dadas al titular fiduciario por parte de los titulares reales de las participaciones van a poder ser mantenidos en su contrato cuando hubieran contratado de buena fe con un representante aparente. Para ello se exige que el tercero de buena fe haya fundado su creencia de buena fe no en meros indicios, sino en la consistencia de una situación objetiva de tal significación o fuerza reveladora que el haberla tomado como expresión de la realidad no puede imputársele como negligencia descalificadora, y siempre y cuando el contrato en cuestión no adolezca de otro vicio que le prive de eficacia —SSTS de 14 de abril de 2008 y de 27 de noviembre de 2012, entre otras—. (ST^S de 8 de abril de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Los hermanos D. Dámaso, D. Bruno y D.^a Elena interpusieron una demanda contra D. Leoncio, en la que solicitaban la nulidad del contrato privado de compraventa de participaciones de la sociedad AB de 27 de septiembre de 2002, por dolo o, subsidiariamente, por error; y subsidiariamente la resolución por incumplimiento de este contrato, así como la nulidad de la escritura pública de compraventa de participaciones de 19 de diciembre de 2002 —escritura pública del contrato privado de compraventa de participaciones cuya titularidad formal detentaban D. Fabio y Motor R, S. A.— o, subsidiariamente, su resolución, así como la nulidad de los actos subsiguientes y, finalmente, la condena a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a los actores.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barcelona de 31 de marzo de 2009 estimó íntegramente la demanda, aunque dejó para el trámite de ejecución de sentencia la determinación de la indemnización de daños y perjuicios.

La Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.^a, en sentencia de 29 de abril de 2010, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Fabio y la sociedad Motor R. Respecto del contrato privado de 27 de septiembre de 2002, rechaza que hubiera existido dolo por parte de D. Fabio que viciara la nulidad del consentimiento prestado por los actores, pues no se prueba que la contabilidad de AB no fuera fiable, ni que D. Fabio hubiera creado una apariencia de crisis empresarial para provocar en los socios demandantes la voluntad de vender. Además, en cuanto al precio pactado, la sentencia declara que no se ha probado que estuviera fuera de los precios de mercado. En segundo lugar, la sentencia argumenta que D. Fabio actuó como mandatario de la fiduciaria, y, frente a los terceros adquirentes, los pactos de fiducia y mandato no aparecieron de forma explícita y, por ello, no les eran oponibles. Respecto de la fiducia, la sentencia de apelación confirma que D. Fabio incumplió el pacto, por administrar las participaciones en contra del interés de sus familiares y consumir la venta en contra de sus específicas instrucciones. Para la Audiencia Provincial, la consecuencia del incumplimiento del pacto de fiducia no puede ser la nulidad de la compraventa del 27 de septiembre de 2002 y de la posterior escritura pública, porque no se probó la mala fe de los compradores, sino la indemnización de los daños y perjuicios causados, que deben referirse sólo al porcentaje de participaciones objeto de la fiducia y vienen representados por la pérdida del valor de las participaciones y los beneficios dejados de obtener.

Frente a la sentencia de apelación, los demandantes interpusieron recurso de casación, que es estimado parcialmente por el Tribunal Supremo. Consecuentemente, se modifica el fallo de la sentencia de apelación, en el sentido de estimar parcialmente la demanda, declarar que el contrato de compraventa de participaciones de 27 de septiembre de 2002 quedó resuelto el 15 de diciembre de 2002, en aplicación de la condición resolutoria contenida en el propio contrato, confirmar la declaración del incumplimiento del pacto de fiducia, declarar la ineficacia del contrato de compraventa de participaciones sociales de 19 de diciembre de 2002 frente a la sociedad y condenar a los demandados a pagar solidariamente a los demandantes 640.000 euros por la pérdida de valor de sus participaciones sociales y 13.250 euros por el beneficio dejado de obtener. (*G. M. A.*)

18. Culpa extracontractual: Muerte por electrocución: Responsabilidad de la Comunidad de Propietarios: Titularidad del tendido eléctrico.—Debe rechazarse la responsabilidad de la comunidad de propietarios porque la mayor parte del desarrollo argumental del motivo se dedica a justificar que dicha comunidad llegó a adquirir efectivamente la propiedad del tendido eléctrico a la entidad propietaria de la finca matriz de la que fueron segregándose las parcelas sucesivamente transmitidas, al ser el tendido eléctrico un elemento común que no estaba necesitado de mención expresa en los títulos de transmisión del dominio, a lo que se uniría la *creencia* de la comunidad de ser propietario de la línea, pero no se trata apenas de la cuestión primordial para el juicio de imputación que exige el artículo 1902 CC, es decir, a quién incumbía el control de las condiciones de seguridad del tendido eléctrico. Solamente al final del alegato del motivo se aduce que en el proce-

dimiento contencioso-administrativo sobre la cesión de las instalaciones de la compañía eléctrica por parte de la comunidad de propietarios, *se puso de manifiesto hasta la saciedad por ambas partes el peligroso estado de la línea de alta tensión*. Pero esto no desvirtúa la consideración fundamental acerca del control de seguridad y la explotación del tendido eléctrico como criterios de imputación aplicables aquí sino que, acaso, introduce un nuevo factor como el de la desidia de la Administración, que no puede aplicarse en contra de la comunidad demandada, al constar como probado que la seguridad, el mantenimiento y la explotación del tendido eléctrico corrían exclusivamente a cargo y en beneficio de la compañía eléctrica codemandada.

Cuantía de la indemnización.—El recurso ha de ser desestimado ya que pretende con carácter principal que no se aplique el sistema de valoración anexo a los accidentes de circulación, y, subsidiariamente, que de aplicarse el baremo procedente sea el vigente en la fecha del pago y no en la fecha de la muerte del hijo de los demandantes, y ello porque ambas pretensiones contradicen la actual jurisprudencia de esta Sala. Es cierto que la STS de 2 de marzo de 2006, y otras anteriores, sostuvieron la inaplicabilidad del baremo a los ámbitos ajenos a la circulación de vehículos de motor, pero posteriormente y hasta ahora la jurisprudencia considera que el carácter no vinculante del sistema para esos otros ámbitos no impide, sin embargo, que pueda aplicarse como criterio para fijar la cuantía de las indemnizaciones (SSTS 27 de noviembre de 2006, 17 de mayo de 2007, 20 de febrero de 2008 y 13 de abril de 2011, entre otras). Además, la doctrina de esta Sala sobre las cuantías aplicables quedó fijada, dentro del sistema, por la sentencia del Pleno núm. 430/2007 de 17 abril, en el sentido aquí aplicado por ambas instancias de que en los casos de muerte instantánea el daño queda fijado en el mismo momento que los hechos que lo producen y, por tanto, es este momento o fecha el que determina la cuantía de la indemnización según la actualización entonces vigente. **(STS de 12 de abril de 2013; no ha lugar.)** (Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.)

NOTA.—Por su luctuoso resultado el caso aquí resuelto es similar al contemplado en la STS de 11 de abril de 2011 (en el caso enjuiciado, muerte instantánea por electrocución de un obrero que trabaja por cuenta ajena limpiando el fondo de la piscina de la parcela; en aquél, empresa pirotécnica que omite una medida de seguridad de sus empleados) (v. extracto en *ADC*, 2013, pp. 913 ss.), pero aquí difiere por las dudas surgidas al configurarse procesalmente el efectivo responsable. Además de la empresa suministradora se trata también de implicar a la comunidad de propietarios de la urbanizadora, a quien definitivamente exonera —acertadamente, a mi juicio—, el Tribunal Supremo, y asimismo se elude discurrir sobre el grado de culpa del responsable (que se calificaba de culpa *levísima* en la sentencia de 2011) pues resulta claro que aquí estamos en presencia de *culpa agravada* de la empresa suministradora. Tampoco hay dudas de la competencia de la jurisdicción civil al aparecer presuntamente implicada una entidad revestida de tal naturaleza. La defensa de la empresa eléctrica gira en torno a la facultativa aplicación analógica del baremo de los accidentes de vehículos de motor, así como del modo de hacerlo, argumentos que con toda razón se rechazan. El fenómeno de las urbanizaciones construidas en lugares lejanos e insospechados permiten descubrir algunas conductas poco

correctas de las empresas suministradoras de servicios a las mismas. El accidente ocurre el 17 de julio de 2004, y parece excesivo que los padres de la víctima hayan tenido que esperar casi un decenio para percibir la indemnización que legalmente les corresponde. (G. G. C.)

19. Culpa extracontractual: Indemnizaciones por accidente de circulación.—El recurso de casación trae causa del accidente de circulación ocurrido el 10 de diciembre de 2002, en relación con la cuantía de la indemnización relativa a tres partidas: valor venal, lucro cesante y otros gastos ocasionados como consecuencia del accidente, referidos a gastos de agricultura, gastos de depósito, entre otros generados a resultas del mismo. La parte recurrente esgrime la vulneración del artículo 1106 CC al considerar que la s. dictada por la Audiencia Provincial ha infringido el espíritu y contenido de la normativa aplicable sobre indemnización no solo por daños y perjuicios, sino también por las ganancias dejadas de obtener por la paralización del vehículo. El recurso se estima en parte, no obstante reconocer que en algunos aspectos se plantea de forma confusa, en otros se aparta de la base fáctica de la s. y se traen a colación defectos de motivación que nada tienen que ver con este recurso.

Valor venal del vehículo accidentado.—Por lo que se refiere a las diferencias jurisprudenciales existentes en la distintas Audiencias Provinciales a la hora de cuantificar los daños del vehículo conforme al valor venal, lo que pretende es que se revoque el pronunciamiento para que el valor de afección se incremente del 20% al 50%, lo que no es posible cuando no estamos ante una aplicación automática o uniforme del mismo, sino que las diferencias están amparadas en supuestos concretos que han sido debidamente ponderados en ambas sentencias de instancia.

Lucro cesante.—La STS de 16 de diciembre de 2009 ha señalado que *debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, si se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad debe indemnizarse aquella «pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir»* (como prevé el artículo 9:501 [2] PECL), criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala (SSTS de 21 de abril de 2008, y las que cita). En el presente litigio se reclama el lucro cesante de la paralización de un camión por causa no imputable al transportista de que cabe, en principio, presumir los perjuicios económicos que ello comporta ante la merma de ingresos por falta de productividad, en tanto que con la paralización se interrumpe la posibilidad que el transportista tiene de usar el camión siniestrado o de buscar soluciones alternativas hasta un tiempo prudencial en que puede volver a usarse, bien nuevo, bien arreglado, si esto fuera posible, buscando, en suma, las ventajas económicas que le puede reportar su explotación pecuniaria. Es cierto que para concretar su importe, pudo la demandante aportar elementos de prueba que permitieran establecer de forma objetiva un detrimento ponderado de ingresos-gastos, o de perjuicios concretos que justificaran la procedencia del acogimiento de su pretensión, mas ello no es argumento suficiente para negar una indemnización basada en la evidencia o curso normal de los acontecimientos que refiere constante jurisprudencia y que a la postre suponen no cargar exclusivamente sobre la víctima unos perjuicios difíciles de justificar en una actividad menor de un transporte que se contrata sin una previsión cierta y segura de su desarrollo. Desde esta idea no es posible aceptar en su

integridad la indemnización que se reclama de una forma aleatoria para un periodo de casi dos años con base en un certificado de paralización emitido por una determinada asociación, que sirve a título meramente indicativo y como simple principio de prueba para cuantificar ese indudable perjuicio; de aquí que, ponderando todos los factores concurrentes, se considere prudencial la cantidad de 24.879 euros (en la demanda se reclaman más de 196.000 euros, lo que supone percibir la octava parte aproximada de lo pedido) como correspondiente al beneficio dejado de obtener durante un periodo de tres meses en que razonablemente se pudo adoptar alguna solución relacionada con la reanudación de la actividad de transporte.

Gastos de depósito de vehículo.—La misma dosis de probabilidad se advierte con los gastos de depósito del vehículo, cuya reparación niega la s. porque no ha pagado la factura y porque el vehículo fue declarado siniestro total por lo que el demandante conocía que las posibilidades de reparación eran nulas y por tanto el depósito era innecesario. Lo cierto es que el vehículo se depositó y resulta razonable que, en las relaciones con el taller, se pueda posponer el pago a la espera de ser indemnizado, y que un vehículo siniestrado pueda ser depositado a la espera de su peritación por el seguro, operación que puede prolongarse durante algún tiempo por la inactividad de los peritos o por falta de aviso. Lo que no es admisible es que se reclamen por este concepto 36.265,45 euros, correspondiente a un depósito de 1.733 días, siendo razonable limitar el perjuicio a un mes durante el cual se entiende que ha sido posible adoptar alguna solución viable con relación a un vehículo declarado siniestro total y que ocupa sin sentido el espacio de unos talleres, todo lo cual reduce la indemnización a 627 euros. (**STS de 11 de febrero de 2013**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—En relación con los criterios más modernos sobre la indemnización del *lucrum cesans*, a los proyectos europeos que menciona la sentencia extractada cabe añadir el artículo 163.1.b) del Proyecto de Pavía que dispone: «El daño patrimonial resarcible comprende: (...) el lucro cesante que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas, y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad de ganancia que puede considerarse, con certeza razonable, ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora». Entre la jurisprudencia más reciente de la Sala 1.^a, la STS de 28 de junio de 2012 ha declarado que el lucro cesante no deja de ser una hipótesis precisada de una demostración adaptada a su naturaleza de probabilidad más o menos intensa de acuerdo con las reglas de la experiencia, teniendo en cuenta lo que normalmente habría sucedido en la mayoría de los casos; citando SSTs de 30 de abril de 2010, y 1 de marzo de 2011, exige criterios de razonabilidad a la hora de valorar la prueba de su existencia, debiendo partirse de la ponderación razonable sobre la probabilidad de que dicho lucro o ganancia hubiese tenido lugar (véase extracto de GODOY DOMÍNGUEZ, en *ADC*, 2014, p. 339).

Al estimar el recurso de casación, la Sala se ha visto obligada, como se advierte, a revisar *razonablemente* importantes partidas de la indemnización reclamada. (*G. G. C.*)

20. Responsabilidad civil: Accidente de vehículos motor: Daños recíprocos: Responsabilidad de la aseguradora.—A partir de la STS de 16 de diciembre de 2008, es doctrina legal que la particularidad de la recíproca colisión entre los vehículos de motor no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre la carga de la prueba, o en la alteración de los criterios de imputación establecidos en la LRCSVM 1995, sino en la necesidad de determinar a cuál de los dos corresponde la eficiencia causal en la producción del daño, o si ésta debe ser distribuida proporcionalmente entre ambos por haber actuado concurrentemente. No supone, por tanto, excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación que establece la Ley de 1995, y la vigente en la actualidad.

El mero hecho de que no haya podido constatarse en autos que sólo una de las conductas generadoras del riesgo ha sido la única relevante, desde el punto de vista causal, para la producción del resultado —excluyendo así la del otro conductor— o que no haya sido posible probar la proporción en que cada una de ellas ha contribuido a causar el accidente —excluyendo así parcialmente la contribución causal del otro conductor—, no es razón que permita soslayar la aplicación de criterios de imputación a ambos conductores ni constituye tampoco razón para no aplicar la regla de inversión de la carga de la prueba en pro de las reglas tradicionales sobre el *onus probandi*, características de los regímenes de responsabilidad objetiva y especialmente aplicables, cuando se trate de daños materiales, al conductor que alega que actuó con plena diligencia. El principio de responsabilidad objetiva no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia y las consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor. Esta presunción solo puede enervarse demostrando que concurren las causas de exoneración configuradas por la ley como excluyentes del nexo de causalidad entre la acción y el daño.

La solución del resarcimiento proporcional es procedente cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de la condenas cruzadas. Resulta, por tanto, acertado el pronunciamiento condenatorio de la sentencia recurrida declarando a la demandada responsable de los daños sufridos por el demandante, —cuyo importe no se cuestiona—, por lo que se desestima el motivo.

Pago de intereses: Contradicción de las soluciones de las Audiencias Provinciales.—Es cierto que la tesis favorable al resarcimiento de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas, ha sido acogido por varias Audiencias Provinciales frente al criterio de otras que se han inclinado por la tesis del resarcimiento provisional y no íntegro de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas, por el efecto compensatorio de la inversión de la carga de la prueba, incluso de algunas favorables al resarcimiento nulo. Ahora bien, con independencia de que el criterio que se acepta por esta Sala es el que sostiene la Audiencia Provincial en la que se enjuiciaron los hechos, y que una solución mínimamente prudente aconsejaba cumplimentar la regla del pago o consignación a favor de la víctima, porque lo que era previsible no era que el juicio civil que se promoviera en el ámbito de la citada Audiencia Provincial se resolviera con sentencia desestimatoria, como se dice en el recurso, sino todo lo contrario, lo que no es posible en la interpretación de una norma que tiene

como regla la consignación, es que las dudas existentes sobre la mecánica del accidente o sobre la solución del conflicto, se trasladen sin más por la aseguradora a la víctima obligándola a iniciar este proceso para despejar las dudas existentes en torno a cual de los dos conductores es el responsable del daño. (STS de 4 febrero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El recurso tiene como antecedente, de un lado, el accidente de circulación ocurrido por la colisión de dos turismos en un cruce de vías urbanas de la villa de Urnieta (Guipúzcoa) regulado por semáforos, sin que se haya acreditado si fue el demandante, ahora recurrido, el que rebasó en fase roja su semáforo o si, por el contrario, quien no lo respetó fue el vehículo asegurado por la demandada, ahora recurrente; y de otro, la sentencia que ahora se recurre en casación, que revoca la del Juzgado de Primera Instancia que negó el derecho a la indemnización con fundamento en que existe una duda razonable acerca de quien ha podido ser el causante del accidente, ya que reclamándose daños y perjuicios personales derivados de la circulación, no se había probado cual de los dos conductores fue el culpable exclusivo, y, en consecuencia declara la responsabilidad civil objetiva del conductor del vehículo asegurado por la demandada. No se discute en casación la rebaja de la cuantía de la indemnización (en la demanda se habían reclamado algo más de 210.000 euros, y se otorgan por el Juzgado de Primera Instancia poco más de la mitad), pero sí la condena al abono de los intereses moratorios del artículo 20 LCS. El Tribunal Supremo confirma también la sentencia recurrida en el segundo punto añadiendo razones de valoración prudencial. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. División de la cosa común. Acción de división judicial del patrimonio proindiviso conformado por los bienes del matrimonio tras la resolución judicial de divorcio.—En supuestos en los que se trata de poner fin a las relaciones jurídicas que derivan de una comunidad voluntariamente constituida sobre un conjunto de bienes esta forma de extinción debe acomodarse al interés de los dos partícipes, y no al puro interés particular de uno de ellos, lo que se consigue no mediante la división de la comunidad por cada uno de aquellos bienes, sino mediante la formación de lotes. De lo contrario se perjudicaría gravemente a uno de los partícipes cuando el otro ostenta, junto con los hijos del matrimonio, un derecho de uso de un inmueble perteneciente a ese patrimonio proindiviso. En este caso la división de la comunidad no puede producirse como si únicamente el patrimonio de los partícipes estuviera determinado por un único inmueble acudiendo al artículo 400 CC, ya que es un precepto pensado para el supuesto en el que lo que está en comunidad es un único objeto. Precisamente el artículo 406 CC ordena la aplicación de las normas de la división de la herencia a los partícipes en la comunidad en la división de ésta, lo que se adapta perfectamente a la situación en la que la comunidad se conforma por una pluralidad de objetos. Es el artículo 1061 CC el que proclama el principio de igualdad a la adjudicación de bienes a los partí-

cipes de la comunidad que ponga fin al estado de indivisión, lo que no debe entenderse en el sentido de una igualdad matemática o absoluta, sino de una adjudicación presidida por un criterio de equitativa ponderación, determinado por las circunstancias de cada caso. Ello justifica plenamente la directa adjudicación al cónyuge titular del derecho de uso de la propiedad de la vivienda familiar, desechando la posibilidad de su venta en pública subasta, sin perjuicio de la compensación económica que proceda para el otro cónyuge. Esta solución es totalmente respetuosa no sólo con el derecho de uso atribuido a ese cónyuge en el proceso de divorcio, por cuanto consolida la propiedad y uso, sino también con los intereses de quien no disfruta de ese derecho de uso por cuanto la venta en pública subasta, si es que se consigue en estas condiciones, va a impedir a este último, participe al 50% de la propiedad, recibir durante un tiempo considerable la parte del patrimonio que legítimamente le corresponde y, consiguientemente, tener que proceder al pago de una vivienda en la que acomodarse. (STS de 5 de febrero de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—D.^a Concepción formuló demanda contra D. Luis Pablo, en la que ejercitó acción de división judicial del patrimonio proindiviso de dos bienes de los que eran copropietarios al 50%: una casa en Francia y un vehículo. D. Luis Pablo formuló demanda reconvenicional interesando la disolución de la comunidad de bienes, de forma que se adjudicase a D.^a Concepción en pago de su cuota del 50% sobre el haber común la plena propiedad del piso ubicado en Bilbao, y al demandado, en pago de su cuota del 50%, la plena propiedad de la vivienda sita en Francia, debiéndose compensar al mismo por el menor valor de este inmueble. D.^a Concepción se opuso a la demanda reconvenicional, y solicitó subsidiariamente que si se acordaba incluir en el activo el piso de Bilbao, se descontase el importe del valor de la carga de uso que grava dicha vivienda a favor de los hijos comunes habidos en el matrimonio. Durante la tramitación del procedimiento, las partes aceptaron una oferta de compra de la vivienda de Francia, solicitando la suspensión del procedimiento y reanudando éste después de la venta, con la petición de que se tuviera por sustituido el inmueble, por el valor de venta del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao dictó sentencia de 15 de octubre de 2009, por la que se acuerda el reparto al 50% entre las partes del importe de la venta de la casa en Francia, una vez descontados los gastos y pagos que la misma hubiera ocasionado, y declaró la disolución y extinción del condominio existente sobre el piso de Bilbao, advirtiendo que la venta de la vivienda no podrá perjudicar al derecho de uso y disfrute reconocido a D.^a Concepción y a sus hijos en una sentencia previa de divorcio.

Ambas partes interponen recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, siendo ambos recursos desestimados por la Audiencia Provincial de Bilbao (sección tercera), en sentencia de 19 de mayo de 2010, que confirma íntegramente la sentencia recurrida.

D. Luis Pablo interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la sentencia recurrida y acuerda la adjudicación al recurrente de la suma obtenida de la venta de la casa de Francia, una vez descontados los pagos y demás gastos que

la misma hubiera ocasionado, y la adjudicación a D.^a Concepción de la plena propiedad del piso de Bilbao, debiendo compensar a D. Luis Pablo en la cantidad de 51.298 euros –cantidad que resultó de la pericia practicada en los autos, que la parte recurrente asume, y que, para el Tribunal Supremo, no resulta desproporcionada en razón a los valores e intereses económicos en disputa–. (G. M. A.)

22. Usucapión. Interpretación del requisito de la posesión en concepto de dueño como requisito esencial de la usucapión ordinaria y extraordinaria.—El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la posesión en concepto de dueño, como requisito esencial básico tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, contenida, entre otras, en sus SSTS de 17 de febrero y 19 de junio de 1984, de 16 de noviembre de 1999 y de 16 de febrero de 2004. Este requisito no se trata de un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal reconociendo el dominio en otra persona no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en ese concepto y pasar al *animus domini*. Si bien este título de usucapión no precisa de justo título, es obvio que no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador por otro. (STS de 13 de marzo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El Estado, por los trámites de la Ley de 7 de octubre de 1939, expropió a D. Paulino en 1994 una finca constituida por dos parcelas, siendo agrupadas y que pasaron a formar parte de la finca registral Núm. 1. Tras solicitar D. Heraclio en 1978 la reversión de la finca, el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo estimó que el documento privado de compraventa de 15 de octubre de 1962, que el solicitante presentó al respecto como título legitimador, adolecía de defectos de falsedad, lo que motivó que lo pasara a la jurisdicción penal. Tras la correspondiente prueba pericial caligráfica, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 5.^a) dictó sentencia de 31 de octubre de 1990, por la que declaró la existencia de un delito de falsedad y consideró que dicho documento era incapaz de surtir los efectos propios según su naturaleza. Estaba hecho en papel timbrado emitido diez años después de la fecha en que, según dicho documento, se había perfeccionado el contrato, con la firma del supuesto vendedor burdamente calcada, y utilizando un DNI que no era el del supuesto vendedor, sino el de la hija del comprador, D.^a Gregoria. No obstante, con posterioridad, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de marzo de 1993, ordenó eliminar de los hechos probados cualquier extremo referido a la intervención en los mismos de D. Heraclio, que había fallecido antes del juicio.

Por otro lado, el mismo terreno fue objeto de nueva inmatriculación el 29 de julio de 2005, como finca núm. 2, a favor de D.^a Aida, D. Aurelio, D.^a Covadonga y D.^a Gregoria, en calidad de herederos de D. Heraclio, siendo transmitida posteriormente a Construcciones A, S. L., mediante compraventa.

En 2007, la Administración del Estado interpuso demanda de juicio ordinario sobre declaración de dominio y cancelación de

asientos registrales contra D.^a Aida, D. Aurelio, D.^a Covadonga, D.^a Gregoria y Construcciones A, S. L., interesando que se dictara sentencia por la que se declarara que el Estado es propietario del inmueble y que se declare la nulidad y se ordene la cancelación de la hoja registral y los asientos relativos a la finca Núm. 2. Los demandados D.^a Aida, D. Aurelio, D.^a Covadonga y D.^a Gregoria formularon reconvencción, ejercitando una acción declarativa de dominio respecto de la finca e interesando que la sentencia que se dicte reconozca su derecho de dominio en la posesión pública, pacífica y en concepto de dueño por más de treinta años por parte de los reconvenientes y de su causante D. Heraclio.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Madrid dictó sentencia de 19 de junio de 2009, por la que estimó la demanda y desestimó la reconvencción, declarando que la propiedad del terreno corresponde a la Administración del Estado y ordenando la nulidad y cancelación de los asientos registrales litigiosos.

Los demandados recurrieron en apelación, pero en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 14.^a) de 28 de mayo de 2010 se desestima el recurso. Según la Audiencia Provincial, la falta evidente de autenticidad del documento de compraventa privada de 1962 permite inferir la existencia de mala fe en sentido civil, con todas sus consecuencias a los efectos de la posesión y la inexistencia de título de posesión.

Los demandados D.^a Aida, D. Aurelio, D.^a Covadonga y D.^a Gregoria interpusieron recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo. Entiende el Alto Tribunal que la sentencia impugnada cumple la interpretación del concepto de posesión en concepto de dueño ofrecida por la jurisprudencia, al referirse a la inexistencia de una verdadera posesión en concepto de dueño como sustento necesario de la adquisición por prescripción —concurriendo además la existencia de un título falso— e incluso a la interrupción en el propio concepto posesorio desde el momento en que se solicitó la reversión del bien expropiado. (*G. M. A.*)

23. Consentimiento tácito respecto del uso de elementos comunes por un copropietario.—El consentimiento que debe otorgar la Comunidad para considerar lícitas las obras realizadas por un copropietario y que afectan a elementos comunes de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, puede ser tácito. Ahora bien, el tener conocimiento de las mismas no significa expresar el consentimiento, que implica la exteriorización de una voluntad. Tampoco el silencio de la Comunidad justifica que el copropietario no tenga que obtener los consentimientos exigidos por la Ley. El Tribunal Supremo ha señalado que, para determinar si el silencio equivale a consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad, hay que tener en cuenta: *a)* las relaciones preexistentes entre las partes; *b)* la conducta o comportamiento de éstas; *c)* las circunstancias que preceden y acompañan al silencio.

Doctrina jurisprudencial sobre el abuso de derecho.—La doctrina del abuso de derecho se basa en la existencia de unos límites de carácter moral, teleológico y social, a la hora de ejercitar los derechos. Al ser una institución de equidad, su aplicación exige: *1)* una actuación aparentemente correcta que esconde una extralimitación a la que la Ley no concede protección

alguna; 2) producción de efectos negativos (daños y perjuicios); 3) inexistencia de una finalidad seria y legítima; 4) exceso en el ejercicio del derecho; 4) voluntad de perjudicar. El abuso de derecho consiste en el uso de una norma con mala fe, con la intención de perjudicar a otros, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma. (STS de 6 de marzo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios demanda a los propietarios y al arrendatario de un local de negocio que existía en la planta baja del edificio, solicitando el cese del uso privativo de elementos comunes (zona de tránsito y fachada), realizado sin el consentimiento unánime de la Junta, y que se condene a los demandados a que repongan a su costa tales elementos a su estado originario. Se solicita también una indemnización de daños y perjuicios. Los demandados alegaron: a) falta de legitimación activa, por carecer de autorización de la Junta para el ejercicio de acciones judiciales; b) el carácter de dominio público de la zona afectada por las obras; c) existencia de consentimiento tácito de la comunidad.

El Juez de Primera Instancia condenó a los propietarios del local al cese del uso privativo sobre la zona común de tránsito y a reponer la zona a su estado originario. Sin embargo, absolvió al arrendatario porque a fecha de la sentencia, ya no ostentaba dicha condición. Afirmó: 1) la legitimación de la Comunidad demandante, derivada del acuerdo adoptado por la Junta de 21 de agosto de 2003, por el que se le autorizó para el ejercicio de acciones judiciales; 2) que los patios son elementos comunes, condición que se mantiene aunque se atribuya el uso privativo a un comunero, por lo que ese uso privativo no la permite realizar obras que afecten a la estructura o destino de dicho elemento o a su configuración sin el consentimiento unánime de la Junta; 3) tales obras supusieron la alteración de elementos comunes con afectación de la configuración del edificio; 4) el Plan General de Ordenación urbanística determinó que dicha zona es propiedad privada de la comunidad demandante y no terrenos públicos; 5) que la ocupación se hizo sin contar con el consentimiento unánime expreso de la Junta; 6) la mera pasividad de la comunidad, veinte años hasta que decidió demandar, no puede considerarse como un consentimiento tácito —la aceptación de los copropietarios de la invasión de la zona común, para que sea eficaz, debe ser expresa y contundente—; 7) la comunidad no incurrió en abuso de derecho, a pesar de haber transcurrido veinte años aceptando la ocupación, dado que ésta le causaba un evidente perjuicio y no consta que la intención de ésta fuera perjudicar a los demandados; 8) constan requerimientos expresos en distintas Juntas celebradas, para que los demandados cesaran en la ocupación o, al menos, retribuyeran a la comunidad por el uso.

La Audiencia Provincial desestimó los recursos de los demandados y confirmó la sentencia apelada.

Se interpone recurso de casación. Se alega, en primer lugar, la existencia de un consentimiento tácito para la alteración de la configuración exterior del edificio, derivado de la falta de acción y tolerancia de la comunidad actora durante largo tiempo. Entiende el Tribu-

nal Supremo que no se ha producido tal consentimiento, pues existen requerimientos expresos en distintas Juntas para que los demandados cesaran en la ocupación o retribuyeran por el uso privativo. Tales requerimientos excluyen, por tanto, una voluntad tácita y unánime de las obras y de la ocupación, sino que expresan, de manera inequívoca, la voluntad de la comunidad a renunciar a sus derechos.

En segundo lugar, el recurrente alega la inaplicación del artículo 7.2 CC y la doctrina del abuso de derecho. Señala que la comunidad actuó en abuso de derecho, al impugnar judicialmente una situación que venía aceptando desde hace tiempo y porque su intención no fue la de salvaguardar el interés general de la comunidad, sino causar un perjuicio al recurrente. Este motivo también es desestimado por el Tribunal Supremo, que no aprecia que concurren los requisitos de esta figura jurídica. A su juicio, la interposición de la demanda perseguía un fin amparado por la norma: que no se lleven a cabo alteraciones en elementos comunes si no se cuenta con la autorización unánime de los copropietarios. Según el Tribunal Supremo, si se tardó tanto tiempo en reclamar judicialmente fue porque el recurrente hizo caso omiso a los requerimientos de la comunidad, en los que se expresaba la disconformidad con la situación creada. Como la actuación de la actora se funda en una justa causa y su finalidad es legítima, su pretensión no puede ser calificada como abusiva. En definitiva, el Alto Tribunal acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación a si cabe interpretar el silencio como un consentimiento tácito, sobre todo cuando se refiere al uso privativo por un copropietario de un elemento común en una comunidad de vecinos. Así, cabe apuntar las SSTS de 23 de octubre de 2008, de 5 de noviembre de 2008, de 26 de noviembre de 2010, de 12 de diciembre de 2011, de 9 de febrero de 2012 y de 29 de febrero de 2012, entre otras. (*S. L. M.*)

24. Propiedad horizontal. Alteración permitida de elementos comunes por ausencia de limitación o prohibición en el título constitutivo.—En aplicación de la doctrina jurisprudencial de la Sala, el Tribunal Supremo declara que todas las restricciones a la facultad dominical del titular de un inmueble han de interpretarse limitadamente, siempre que no quebranten alguna prohibición legal, aunque supongan un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo y siempre que no se vea afectada la seguridad de la estructura, el forjado y la cimentación del edificio. Si bien en el ámbito de la propiedad horizontal es posible el establecimiento de prohibiciones o limitaciones referidas a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble que atiendan al interés general de la comunidad, las mismas deben constar de manera expresa, ya sea legalmente o bien por el régimen de propiedad horizontal, el título constitutivo o la regulación estatutaria y, a fin de tener eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad (entre otras, las SSTS de 20 de octubre de 2008 y 30 de diciembre de 2010). La mera descripción del uso y destino del inmueble en los estatutos o en el título no supone por sí misma limitación del uso o de las facultades dominicales (entre otras, las SSTS de 23 de febrero de 2006

y 20 de octubre de 2008). (STS de 4 de marzo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En 2007 la entidad mercantil F. S. K., S. L. adquirió un local comercial, situado en el semisótano del edificio XXX y, tras obtener la oportuna licencia municipal, inició las obras para convertir la finca en ocho apartamentos, mediante la apertura de tabiques de separación y eliminación de muros. La comunidad de propietarios del edificio XXX demandó a la entidad mercantil F. S. K., S. L., solicitando la devolución de dichos elementos a su estado primitivo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Torremolinos, en sentencia de 30 de junio de 2008, estima la demanda y declara la ilegalidad del uso o destino dado por la demandada al local comercial de su propiedad, por vulnerar el artículo 1 de los estatutos de la comunidad de propietarios del edificio XXX, así como a realizar las obras necesarias para reponer los elementos comunes modificados por las obras ejecutadas, a su estado original. La Audiencia Provincial de Málaga, sección 15.ª, en su sentencia de 13 de abril de 2010, estima en parte el recurso interpuesto por la entidad mercantil F. S. K., S. L., revoca la sentencia del Juzgado y desestima íntegramente la demanda, al considerar que no existe, en el título constitutivo, prohibición de cambiar el destino originario del local adquirido. En consecuencia, al encontrarnos ante una obra que no requiere el previo acuerdo de la junta de propietarios, dentro del estricto ámbito de sus facultades dominicales, la demandada podía efectuar los cambios que considerara oportunos, siempre que no afectaran a la seguridad de la estructura, del forjado o de la cimentación de la edificación.

La comunidad de propietarios del edificio XXX interpone recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima. El Tribunal reitera la doctrina de la Sala, según la cual el derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (art. 33 CE), concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. La afectación de elementos comunes del edificio, mediante la apertura de huecos y ventanas no prohibida por los estatutos de la comunidad, es consecuencia ineludible del ejercicio de la facultad concedida al propietario en el título constitutivo, puesto que difícilmente se puede proceder a la apertura, cierre o modificación de huecos a la calle sin alterar la configuración externa del edificio o su fachada.

NOTA.—Por tener también por objeto unas obras en inmueble con cambio de destino de local comercial a vivienda puede consultarse la STS de 30 de diciembre de 2011 (RJ 2011\1794), que confirma la anterior doctrina jurisprudencial, además del trabajo de G. Elizalde Redín, «Cambio de destino: de local a vivienda», *Revisita Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2011 (BIB 2011\1212). (E. F. A.)

25. Propiedad horizontal. Alteración que requiere el consentimiento de la Junta de Propietarios por afectar al título constitutivo. Falta de

impugnación en plazo de acuerdo de la Junta de propietarios. Inexistencia de abuso de derecho y de vulneración de la teoría de los actos propios.—Según el Tribunal Supremo no existe infracción del artículo 18.3 LPH, según el cual la acción para la impugnación de los acuerdos adoptados por la junta de propietarios caducará en los plazos que establece a partir del momento de la adopción del acuerdo, con la excepción de que «[p]ara los propietarios ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9». De acuerdo con la consolidada doctrina que aplica este último precepto en cuanto al inicio del cómputo del plazo para impugnar para los ausentes de las reuniones y la obligatoriedad por parte de los órganos representativos de la comunidad de notificar el acuerdo a los mismos en la forma que determina, los acuerdos por los que no se permitía instalar aparatos de aire acondicionado en la fachada del edificio fueron debidamente notificados al anterior propietario de la vivienda, al que en ningún caso se ha considerado propietario ausente. (**STS de 7 de marzo de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En septiembre de 2004 Adriana y José Ángel adquirieron un inmueble situado en la primera planta de un edificio de diez plantas destinado en su mayor parte a viviendas, con unos bajos comerciales y una planta destinada a oficinas. Tras la adquisición, comenzaron a realizar obras para adaptar el inmueble a despacho profesional e instalaron un aparato de aire acondicionado en la fachada sin comunicarlo a la comunidad de propietarios ni solicitar autorización. Dado que en este momento en la comunidad se estaban llevando a cabo trabajos de rehabilitación y reforma de la fachada, Adriana y José Ángel fueron advertidos de la improcedencia de la colocación del aparato que habían preinstalado y rechazaron la oportunidad de retirarlo aprovechando el desarrollo de dichos trabajos en la comunidad. De los hechos resulta que en 1999, en Junta general extraordinaria, la comunidad había acordado por mayoría no permitir la instalación, en la fachada del inmueble, de aparatos de aire acondicionado. Dicho acuerdo no fue impugnado dentro de plazo, de modo que en el año 2000, en Junta ordinaria los comuneros ratificaron por unanimidad el acta anterior y acordaron otorgar un plazo de 20 días a los comuneros afectados para que retiraran los aparatos de aire acondicionado colocados en las fachadas y autorizaron su instalación en la cubierta del edificio. Dicho acuerdo tampoco fue impugnado. La comunidad de propietarios del edificio demanda a Adriana y a José Ángel, y solicita la retirada del aparato de aire acondicionado, devolviendo la fachada del edificio a su estado original.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Málaga, en sentencia de 18 de junio de 2008, estima la demanda y desestima la reconvencción formulada por los demandados por falta de prueba de la nulidad de los acuerdos alcanzados por la Junta de Propietarios. La Audiencia Provincial de Málaga, sección 4.^a, en su sentencia de 22 de enero de 2010, desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados.

El Tribunal Supremo inadmite el recurso extraordinario por infracción procesal y desestima el de casación. La apertura de un

hueco en un muro para la instalación de un aparato de aire acondicionado supone la alteración de un elemento común que en este caso comporta, además, una frontal alteración de la estética del edificio contraria a la Ley de Propiedad Horizontal. Asimismo, no resulta probada la imposibilidad técnica de instalación de aire acondicionado en otro lugar. No constituye abuso de derecho el hecho de que en la parte del edificio destinado a oficinas la comunidad permitiera la instalación de aparatos de aire acondicionado, puesto que no tienen por qué recibir el mismo tratamiento las alteraciones que afectan a fachada de los locales que a la de viviendas. Si la parte demandada ha alterado el uso del inmueble de vivienda a oficina debe asumir el régimen inicial que afecta tal situación. La adquisición del inmueble con posterioridad a la adopción de los acuerdos de la junta de propietarios y la subrogación en la posición del antiguo propietario de la vivienda impide afirmar, más de cuatro años después, que dichos acuerdos no fueron notificados al anterior propietario para solicitar su nulidad.

NOTA.—Tampoco aprecia abuso de derecho por parte de la junta de propietarios, ante la impugnación de un acuerdo, la STS de 13 de julio de 2012, reseñada por Gemma Minero Alejandre en el número LXVII (abril 2014) del *Anuario de Derecho Civil*. La sentencia aquí reseñada debe confrontarse con la de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\396), que no apreció caducidad del plazo para la impugnación del acuerdo de autorización de obras en patio interior adoptado por la junta de propietarios, al entender que el acuerdo no había sido debidamente notificado al propietario ausente puesto que la información facilitada por otros vecinos no supone el conocimiento detallado del acuerdo reiteradamente reclamado y obtenido en acto de conciliación, momento que supone el inicio del cómputo del ejercicio de la acción. Sobre la cuestión véase también el comentario al artículo 18 LPH realizado por Á. Carrasco Perera, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), 4.ª edición, 2010, Aranzadi, pp. 687-779. Sobre la alteración de un elemento común, consistente en el repintado distinto de los huecos de las ventanas de la vivienda, que también comporta una alteración de la estética del edificio contraria a la LPH puede verse la reciente STS de 4 de abril de 2014 (RJ 2014\3843). (E. F. A.)

26. Doctrina de los actos propios.—La doctrina de los actos propios se encuentra recogida en el artículo 7.1 CC. Son tres los requisitos necesarios para su aplicación: 1) que el acto a combatir haya sido adoptado y realizado libremente; 2) un nexo de causalidad entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; 3) que el acto sea concluyente e indubitado, es decir, que sea fruto de un consentimiento orientado a crear, modificar y extinguir algún derecho, generándose una situación que nada tiene que ver con la posterior conducta del sujeto.

La exención a la contribución a los gastos generales en un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal.—El artículo 9.e) LPH establece, entre las obligaciones de los propietarios, la de contribuir, conforme a la cuota de participación incluida en el título o a lo establecido especialmente, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble,

sus servicios, cargas y responsabilidad que no sean susceptibles de individualización. Según el Tribunal Supremo, cuando una Comunidad no ha venido exigiendo a ciertos copropietarios que contribuyan al sostenimiento del inmueble en la forma prevista en las normas comunitarias, tal tolerancia no implica una modificación del título constitutivo. Ahora bien, esta exención, en favor de algún copropietario, de participar en los gastos comunitarios, debe ser aprobada de modo unánime en la Junta de propietarios. A estos efectos, entiende el Tribunal Supremo que el silencio de la comunidad, permitiendo durante un tiempo que los propietarios de los locales comerciales no hagan frente a los gastos comunes en la forma fijada en los estatutos de la comunidad, no tiene entidad suficiente para expresar un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir un derecho, ni altera el título o estatutos de la comunidad. **(STS de 26 de febrero de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los propietarios de inmuebles situados en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal solicitan que se declare la nulidad del acuerdo por el que se aprobaron las cuentas de los años 2004, 2005 y 2006, y el acuerdo aprobatorio de la previsión de ingresos y gastos, con fijación de nuevas cuotas para el ejercicio 2007, adoptados en la Junta de 21 de mayo de 2007. En particular, respecto a la exención total de contribuir al sostenimiento de los gastos generales por parte del propietario de un local.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, al entender que el propietario del local estaba exento únicamente de los gastos recogidos en el título constitutivo. A su juicio, aunque hacía tiempo que no participaba en gasto alguno, ello no equivalía a un consentimiento de la comunidad. La exención total permitida en los acuerdos impugnados no era válida, pues debía contar con el consentimiento unánime de los copropietarios. Se anulan, en definitiva, los acuerdos de aprobación de cuentas en estos extremos.

La Audiencia Provincial estimó íntegramente el recurso de apelación. Declaró la validez de la exención en la contribución a los gastos de la comunidad por parte del propietario del local comercial. Como la misma había sido consentida durante un largo período de tiempo por la comunidad, y como se habían celebrado muchas Juntas sin que el titular del local fuera citado para asistir, no cabía desconocer la existencia de tales acuerdos. En definitiva, la parte actora no podía actuar en contra de sus propios actos.

Los demandantes interpusieron recurso de casación. Se alega la infracción de los artículos 5, 9.e) y 17.1 LPH, del artículo 1255 CC y la aplicación errónea de la doctrina de los actos propios. Señalan que una práctica tolerada no puede entenderse como un acuerdo inequívoco de los copropietarios, capaz de configurarse como un acto propio que pueda alterar el título constitutivo o los estatutos de la comunidad. Para ello debe haber un consentimiento unánime de los copropietarios. Por tanto, el acuerdo de 2007 por el que se excluye totalmente al propietario del local de contribuir a los gastos del edificio, es contrario al título constitutivo de la comunidad y vulnera los artículos 5, 9.1 y 17.1 LPH. El Tribunal Supremo estimó el recurso y declaró la nulidad del acuerdo, en lo que respecta a la exclusión del local, condenando a la comunidad

de propietarios a rectificar las cuentas de los ejercicios de los años citados, así como la previsión de ingresos y gastos para el ejercicio 2007, incluyendo al propietario del local comercial, con arreglo a su cuota de participación y a lo previsto en el título y en los estatutos de la comunidad.

NOTA.—Conforme al artículo 9.1.e) LPH, todos los propietarios deberán contribuir al sostenimiento de los gastos comunes de la comunidad, con arreglo a las cuotas fijadas en el título constitutivo o a lo especialmente establecido al efecto. Eso no es obstáculo para que, a través de un acuerdo posterior, pueda alterarse tal sistema de distribución de gastos, eximiéndose a alguien, por ejemplo, del pago de los mismos. Ahora bien, en la medida en que eso supone la modificación del título constitutivo, será necesaria la unanimidad o conformidad de todos los propietarios. Dicha unanimidad podrá alcanzarse expresamente en una Junta o bien podrá obtenerse de manera tácita (SSTS de 22 de abril de 1974, de 2 de marzo de 1989, de 2 de febrero de 1991, de 10 de marzo de 1993, de 3 de marzo de 1994, de 11 de noviembre de 1996, de 20 de marzo de 1997, de 8 de noviembre de 2011 y de 20 de febrero de 2012, entre otras). No obstante, la mera tolerancia de cuentas o presupuestos en juntas anteriores con un sistema de reparto diferente al que correspondía según el título constitutivo, no es suficiente aceptación que pueda evitar la impugnación de dicho acuerdo (STS de 2 de febrero de 1991). (S. L. M.)

27. La aplicación del artículo 34 LH y su requisito de la buena fe.—

El artículo 34 LH contiene un efecto muy importante: la transmisión de quien no es dueño, al proteger al tercero hipotecario que, sin conocer la inexactitud del Registro, adquiere por negocio jurídico oneroso algún derecho de persona que aparezca allí con facultades para transmitirlo, siempre y cuando ese tercero lo inscriba. Se trata del principio de fe pública registral. Esto explica que su aplicación esté sometida a requisitos muy estrictos: 1) que el tercero adquiera el derecho inscrito en las circunstancias que el mismo artículo establece; 2) que el Registro sea inexacto; 3) que las causas de la inexactitud del Registro no consten explícitamente en el mismo.

De entre estos requisitos, uno de los más importantes es el relativo a la buena fe. Éste significa el desconocimiento total de la inexactitud registral y la imposibilidad de conocer su exactitud. No se cumple este requisito: *a)* cuando se desconoce lo que con la diligencia exigible normal o adecuada se debería haber conocido; *b)* cuando existe un fundado estado de duda en el adquirente sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente. (STS de 5 de marzo de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad K ejercita acción declarativa de propiedad y solicita la nulidad de negocios jurídicos y la cancelación de ciertos asientos registrales, respecto de una serie de fincas inscritas en el Registro de la Propiedad. Dirige la demanda contra PL, VG, AG, E, I, todos ellos en rebeldía, así como contra O, ES y R, estos tres últimos allanados a la demanda. Las referidas fincas eran propiedad de la demandante, al haberle sido transmitido el dominio su anterior propietaria (PL), que, a su vez, las volvió a transmitir pos-

teriormente a los demás demandados. Entiende la actora que éstos no tienen la condición de terceros hipotecarios, por aparecer en el Registro de la Propiedad el correspondiente asiento de presentación del título de adquisición de K, que estaba vigente y era anterior a la adquisición de los demandados.

El origen de la transmisión de la propiedad de las fincas registrales por parte de PL a K, se encontraba en una operación en cuya virtud la primera suscribió una ampliación de capital de la segunda, aportando para ello sus derechos sobre un complejo inmobiliario en el que se construían unos apartamentos. El 17 de noviembre de 2000 se otorgó escritura de subsanación, donde se aclaraba que lo aportado por PL a K era la mitad indivisa de la titularidad sobre el complejo inmobiliario, perteneciendo la otra mitad a la entidad AG –el 26 de noviembre de 1999, PL y AG habían hecho división de sus derechos, adjudicándose cada una de dichas sociedades determinados apartamentos–. El 23 de mayo de 2002, PL vendió a un tercero las participaciones adquiridas. El 19 de diciembre de 2002 se otorga nueva escritura de subsanación por PL, en la que se precisa que su aportación a K no fue de la mitad indivisa del complejo inmobiliario, sino de las fincas registrales números 1 a 10. Dicha escritura presenta el cajetín del asiento de presentación en el Registro de la Propiedad, efectuado el 15 de enero de 2003. Las escrituras de venta de esos apartamentos a los demandados por parte de PL, venta efectuada una vez transmitida la propiedad de los mismos a K, se otorgaron el 31 de marzo de 2003, estando vigente con plena eficacia registral el señalado asiento de presentación.

En primera instancia, habiéndose allanado los señalados demandados, el Juez estimó la demanda en cuanto a las pretensiones referidas a los mismos y, en consecuencia, declaró: 1) que K era propietaria de la finca registral número 9; 2) la nulidad absoluta de la escritura pública de 31 de enero de 2003; 3) la nulidad absoluta de la inscripción registral producida por ello. Sin embargo, desestimó las pretensiones de la actora respecto de las otras nueve fincas objeto de la demanda, adquiridas por los otros demandados.

La demandante recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó el recurso, confirmando la sentencia impugnada.

En casación, se señala la confusión de la Audiencia, en relación a la identificación del asiento de presentación del título de propiedad de la actora sobre los inmuebles litigiosos. Efectiva, señala el Tribunal Supremo que la Audiencia debió haber considerado que, en el momento del otorgamiento de las escrituras públicas de venta a los demandados por parte de PL (31 de marzo de 2003), existía un asiento de presentación por el que se desprendía la transmisión de la propiedad de los bienes a favor de K (15 de enero de 2003). Esto implica la estimación del recurso por infracción procesal.

A continuación, se plantea el Tribunal Supremo si la adquisición de los distintos demandados podía quedar protegida por el artículo 34 LH. Este motivo también es desestimado. Los demandados adquirentes, VG e I, por estar en rebeldía, no han acreditado ser titulares registrales de los inmuebles adquiridos por escritura de 31 de marzo de 2003, lo que constituye un requisito esencial para su consideración como terceros hipotecarios. Además, falta el requisito de

la buena fe, pues en el Registro aparecía que, en la fecha de adquisición por parte de los demandados, existía un asiento de presentación vigente, en cuya virtud la actora instaba la inscripción a su favor de la titularidad de los mismos bienes, dada la escritura pública otorgada por PL. Esto implica el conocimiento por parte de los demandados de que el titular registral había efectuado una transmisión anterior de la titularidad del mismo bien, lo que excluye la aplicación de la presunción de buena fe a que se refiere el artículo 34 LH. De esta manera, el Tribunal Supremo estima la demanda en cuanto a las peticiones relativas a las fincas cuestionadas.

NOTA.—Los requisitos necesarios para que el tercero hipotecario quede protegido por el artículo 34 LH son: *a)* que el negocio jurídico de adquisición del dominio o de la titularidad del derecho por ese tercero sea válido y sea oneroso; *b)* que el tercero adquiera la propiedad de persona que figure como titular en el Registro; *c)* que ese tercero inscriba la adquisición en el Registro. Además, una condición indispensable es la buena fe del adquirente, entendiendo por la misma la creencia de que la titularidad registral de la persona que le transmitió era exacta. No habrá buena fe cuando el tercero hipotecario conociera o tuviera medios racionales para conocer la inexactitud registral desplegando una diligencia normal o adecuada al caso. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en sentencias de 14 de junio de 1988, de 14 de febrero de 2000, de 8 de marzo de 2001 ó de 7 de diciembre de 2004, entre otras. En cuanto al momento en el que debe apreciarse la buena fe, los autores ofrecen posturas distintas: *a)* para unos es el momento de adquisición del derecho; *b)* para otros, el momento en que el tercero inscribe su derecho en el Registro. (*S. L. M.*)

DERECHO DE FAMILIA

28. Divorcio: Carga familiar: No lo constituye el pago de la hipoteca: Recurso por infracción procesal: Motivación suficiente.—El deber de motivación de la sentencia se resume en la exigencia de una respuesta judicial fundada en Derecho, que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, de modo que solo una motivación que, por arbitraria, fuese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 CE (SSTC de 31 de octubre de 2001, 24 de marzo de 2003, 12 de diciembre de 2005, 26 de mayo de 2008; y SSTs de 19 de diciembre de 2008, 12 de junio y 2 de octubre de 2009). La sentencia impugnada cumple con las exigencias derivadas del deber de motivación, ya que permite conocer el criterio jurídico por el que se impone la contribución del pago de la totalidad de la carga hipotecaria al demandado. La razón en que se basa es que, valorando la situación económica de cada uno de los cónyuges, reflejada de forma detallada y acreditada en virtud de la prueba obrante en las actuaciones, el FD 2.º de la resolución recurrida, le impone el pago total de las cuotas hipotecarias al demandado en atención a los ingresos económicos de los cónyuges. Si este criterio es o no el precedente, se trata de una cuestión que atañe al fondo de la controversia, ajena al requisito de motivación de la sentencia y al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

Valoración de la prueba.—El recurrente no justifica en su motivo que elementos de prueba aportados en el proceso ponen de manifiesto el error de la sentencia recurrida, lo que es carga del recurrente, dado el carácter extraordinario de este recurso, que no constituye una tercera instancia (STS de 29 de septiembre de 2009), e impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar la apreciación probatoria efectuada en la sentencia recurrida. La conclusión de la sentencia impugnada no es ilógica, arbitraria, ni manifiestamente errónea, dado que (i) se basa en la valoración de la prueba fundamentalmente documental; (ii) en el motivo no se ha justificado que la valoración de esta prueba documental sea errónea, ilógica o arbitraria; y (iii) el recurrente no ha expuesto, con el adecuado apoyo documental, la valoración sustancial de su capacidad económica.

No constituye carga familiar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar: Recurso de casación: Doctrina jurisprudencial.—La sentencia recurrida confirmó el pronunciamiento de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y condenó al recurrente al pago de la cuota del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar. Resulta aplicable, sin embargo, la jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 31 de mayo de 2006, 5 de noviembre de 2008, 28 de marzo y 29 de abril de 2013, y 26 noviembre 2012), según la cual, la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesto a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en este caso es el de separación de bienes.

Según la STS de 31 de mayo de 2006, la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103-3.º CC). Por ello no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, como ocurre en este caso, pues en el año 2004 otorgaron los esposos capitulaciones matrimoniales y se acogieron al régimen de separación de bienes y la vivienda familiar que está gravada con la hipoteca la adquirieron por compra en el año 2006 (la sentencia del Juzgado de Primera Instancia declarando el divorcio es de 2009). En consecuencia, la normativa aplicable a tal bien era la propia del régimen general de la copropiedad y, en concreto, el artículo 393 CC que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales. Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el recurso de casación en lo relativo al importe mensual del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar que deberá ser pagado por mitad entre los cónyuges propietarios. (STS de 20 de marzo de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sociológicamente nadie duda que el impago de las deudas hipotecarias que gravan la vivienda familiar es uno de los factores que están influyendo últimamente en la liquidación de las rupturas conyugales, con mayor o menor intensidad según la disposición adoptada, mediante convenio regulador o por resolución judicial en materia de separación o divorcio. Tal situación no se planteó en hipótesis al legislador en 1981 y, probablemente, tampoco en 2005, por lo que nada extraña que haya sido la jurisprudencia la que haya tenido que afrontarla para darle una solución, siendo inevitable la disparidad de criterios de las diversas Audiencias Provinciales. En el caso anotado el Tribunal Supremo lo analiza detalladamente bajo la óptica del recurso extraordinario —que se rechaza—, y del recurso sobre el fondo, que se estima en el punto específico. Curiosamente el recurrente argumentaba *in extremis* como si se tratase de una *manera encubierta de incrementar la pensión compensatoria* en favor de su consorte. Se consolida con este fallo la doctrina jurisprudencial que niega su carácter de *onus matrimonii*, invocando el tipo de régimen económico vigente entre los cónyuges al tiempo de la ruptura (a la jurisprudencia citada puede añadirse la STS de 28 de marzo de 2011, extractada en ADC, 2012, p. 958, sentencia de la que fue Ponente la Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías). Habría que investigar si, sociológicamente, la solución adoptada incrementará el empobrecimiento de la mujer con hijos a su cargo, separada o divorciada, sin olvidar las eventuales maniobras que el cónyuge de mejor posición económica puede hacer para perjudicar al otro (por ejemplo, dejar de pagar su cuota para provocar el embargo y el desahucio). (G. G. C.)

29. Divorcio: Modificación de medidas en fase de separación: Convenio regulador: Hechos nuevos: Nacimiento de hijos de otra relación de pareja: Pago de la hipoteca como deuda de la sociedad de gananciales.—Es cierto lo que dice el motivo sobre la consideración de la hipoteca como deuda de la sociedad de gananciales y no como carga del matrimonio y así resulta de la jurisprudencia reiterada de esta Sala expresiva de que se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario, y por tanto el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesto a uno sólo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio (SSTS de 29 de abril de 2012 y 26 de noviembre de 2012, entre otras). Ahora bien, no es este el caso. La obligación contraída por el esposo se contiene en el convenio regulador de la separación matrimonial siendo doctrina reiterada de esta Sala que los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen del divorcio o de la separación (STS de 4 de noviembre de 2011), por lo que lo relevante para dilucidar la controversia es comprobar si la decisión adoptada se compadece con el acuerdo de las partes en esta materia, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ya había admitido su validez, a partir de la transcendental sentencia de 2 de abril de 1997, sobre la base de que el convenio es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía

de la voluntad de los afectados, permite a ambos cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a sus intereses, como aquí sucede. No se configura, por tanto, como un cambio de medidas por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la ruptura, en este caso de la separación matrimonial y no del divorcio. De un lado, porque sirve para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios; de otro, porque en dicho pacto no se contempla el cambio a partir de una situación económica distinta del obligado, sino que se acuerda el pago íntegro de las cuotas del préstamo hipotecario con independencia de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de uno y otro y de los derechos del acreedor derivadas del préstamo, que no se ven alteradas por ese pacto.

Modificación de alimentos a los hijos matrimoniales por nacimiento posterior de otros hijos.—Este motivo insta de la Sala un pronunciamiento que unifique los criterios jurídicos discrepantes entre las Audiencias Provinciales con relación a la modificación de las medidas alimenticias como consecuencia del nacimiento de otros hijos fruto de una nueva relación de pareja del progenitor alimentante. La sentencia recurrida se alinea junto a las Audiencias que niegan que exista cambio de circunstancias al haberse producido voluntariamente, lo que determina que no pueden ser repercutidas sus consecuencias en los alimentos correspondientes a sus hijos de la primera unión. Pero el Tribunal Supremo no acepta este criterio.

Sin duda el nacimiento de nuevos hijos, tanto en sede matrimonial normalizada como en otra posterior tras la ruptura, determina una redistribución económica de los recursos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades. No es lo mismo alimentar a uno que a más hijos, pero si es la misma la obligación que se impone en beneficio de todos ellos. El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 CE, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante.

Es decir, el nacimiento de un nuevo hijo sí que puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarlos a favor de los anteriores. Ahora bien, si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hace preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, —situación ésta que sí redundaría en una disminución de su fortuna—. Parece no reparar el recurrente en la importancia que tienen los ingresos de la esposa a la hora de dilucidar si la fortuna de aquél disminuyó, pues la ley determina el carácter ganancial de los rendimientos del trabajo constante matrimonio, y ello ha lugar a que la fortuna del mismo, lejos de disminuir, se viera incrementada a resultas de la convivencia con su nueva mujer (STS 3 de octubre de 2008).

En lo que aquí interesa supone que el nacimiento de un nuevo hijo no basta para reducir la pensión alimenticia del hijo o hijos habidos de una rela-

ción anterior, ya fijada previamente, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es ciertamente insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad, sin merma de la atención de las suyas propias, y valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores, en cuyo interés se actúa, y ello exige ponderar no sólo las posibilidades económicas del alimentante sino las del otro progenitor que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a la atención de los alimentos de los descendientes, según sean sus recursos económicos, prueba que no se ha hecho. Y es que el cambio de medida se argumenta en la demanda exclusivamente sobre la base del nacimiento de estos dos nuevos hijos, sin que la misma contenga referencia alguna a si esta nueva situación supone una merma de su capacidad económica, que puede incluso haber mejorado en razón al patrimonio de su pareja y madre de los hijos, obligada también a su sostenimiento, cuyos recursos se ignoran, siendo así que conforme al artículo 145 CC *cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo.*

El interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia Provincial, en lo que se refiere al segundo motivo, pese a mantener el criterio desestimatorio de la demanda y formular como doctrina jurisprudencial que *el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad.* (STS de 30 de abril de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Quizá lo más novedoso de este fallo es la determinación sobre la influencia que el nacimiento de hijos nacidos de una nueva relación influye en la pensión alimenticia otorgada judicialmente a los hijos por la s. previa de separación o divorcio. Para alterar la pensión alimenticia inicialmente concedida, no basta con alegar que el cónyuge deudor ha tenido más hijos con derecho a alimentos, sino que debe aportar al proceso la totalidad constitutiva de la nueva relación filial. Pudiera tratarse de un hijo cuya filiación ha sido reconocida únicamente por el deudor alimenticio, o adoptado exclusivamente por él, sin haber variado su situación patrimonial; o de hijo nacido de una unión de hecho reconocido por ambos progenitores, o de una nueva relación matrimonial legalmente formalizada. En cada caso habrá que comprobar la variación experimentada de la situación patrimonial del deudor, que —observa con acierto y no sin ironía, el fallo anotado— hasta puede haber mejorado económicamente con relación a la anteriormente contemplada. Sentencia de aprobar plenamente. (G. G. C.)

30. Divorcio: Efectos para los hijos: Patria potestad compartida.—La STC 185/2012, de 17 octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso *favorable* del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo

lo 92.8 Cc, según redacción dada por Ley 15/2005, de 8 julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Es, por tanto, al Juez al que corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando en consecuencia a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando queda demostrado que es beneficiosa para el menor.

Ello no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres para sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, bajo la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.

El artículo 92 CC establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el pár. 5.º que la atribuye cuando se dé la *petición conjunta* por ambos progenitores; y la segunda se contiene en el pár. 8.º de esta misma norma que permite excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco, acordar este tipo de guarda *a instancia de una de las partes*, con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión *excepcionalmente* véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos, de los progenitores, y así, si la piden ambos, se aplicará el párrafo 5.º, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo 8.º, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código Civil exige siempre la petición de, al menos, uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

A todo ello no obsta lo declarado en la STS 614/2009, de 28 septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo 91 Cc, el juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Cc debe concurrir la referida petición. Sistema también recogido en el artículo 80 del Código de derecho foral de Aragón de 2011.

En el caso objeto de recurso, ninguno de los progenitores solicitó esta medida en sus escritos iniciales ni en el recurso de apelación, pese a que se recoge en el informe del Ministerio Fiscal, ni consecuentemente se ofrecieron unas pautas necesarias para hacerlo efectivo; por el contrario, los datos que maneja la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, ratificada en este punto por la recurrida, no permiten acordarla en interés de la menor que es la que, a la postre, va a quedar afectada por la medida que se debe tomar, pues no concurre ninguno de los requisitos que, con reiteración, ha señalado esta Sala.

Doctrina jurisprudencial: Estimación del recurso en cuanto a la «ratio decidendi», manteniendo el fallo.—El interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia Provincial, en cuanto desestima la demanda en contra de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, pese a mantener la medida acordada, y sentar como doctrina jurisprudencial que la interpretación de

los arts. 92.5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la debida que se debe tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. (STS de 29 de abril de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Instado el divorcio por el marido en 2010, el Juzgado de Primera Instancia aparte de otros aspectos no recurridos le otorga la guarda de la hija común, que también había pedido en reconvencción la esposa. El Ministerio Fiscal es el único que alude a la patria potestad compartida, mostrándose desfavorable a la misma. La Audiencia Provincial mantuvo en 2011 idéntico pronunciamiento en este punto, expresando inequívocamente su criterio en contra de la misma, *indicando que junto a innegables virtudes como la igualdad de trato y responsabilidad de los padres, presenta inconvenientes como la menor estabilidad del status material de los hijos, la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres, la necesidad de una gran disposición de estos a colaborar en su ejecución, etc.* El Tribunal Supremo trata de unificar la doctrina jurisprudencial, ejercitando también una función pedagógica respecto de las Audiencias Provinciales, merecedora sin duda de loa, aunque confirmando el fallo denegatorio de la guarda compartida; añádase el no excesivo tiempo transcurrido en la resolución del recurso (2010-2013) que contribuirá a no mantener en la incertidumbre la situación de la menor.

Con todo, la reiteración de casos permite recordar que recientemente el anotador tuvo ocasión de indicar sumariamente el *status quaestionis* doctrinal y jurisprudencial del tema al extraer la STS de 7 de abril de 2011 en ADC, 2012, pp. 53 ss.; el fundamental requisito del *interés del menor* en STS de 10 de enero de 2012, en ADC, 2013, pp. 1477 s. (no probado en el caso); de recordar la opinión doctrinal que alude —¿prematuramente?— a una reforma *malograda* (anot. a STS de 9 de marzo de 2012, en ADC 2013, p. 1931); con la leve esperanza que puede suscitar todavía la STS de 25 de mayo de 2012, al (re-)formular la opuesta doctrina jurisprudencial de la Sala sobre la guarda compartida, contraria a la de la Audiencia Provincial, que, sin embargo, resulta improbadada una vez más en el caso. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

31. Testamento abierto: Nulidad por falta de capacidad mental del testador: Criterios interpretativos y doctrina jurisprudencial aplicable: Omisión de fórmula notarial sobre el juicio de capacidad: El principio

del favor testamenti y su entronque con el principio general del derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos.—La cuestión planteada atiende a la interpretación normativa que debe realizarse acerca del cumplimiento de las solemnidades testamentarias referido al plano formal en el que debe materializarse, en el documento testamentario, el juicio de capacidad realizado por el Notario (art. 696 CC). Para la sentencia recurrida, conforme a la naturaleza formal del negocio testamentario, el cumplimiento de dicha solemnidad requiere de una constatación, expresa y ritualista, en el documento autorizado por el Notario por el que declare que, *a su juicio, el testador se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento*. Por el contrario, en la interpretación que sustenta la parte recurrente, el cumplimiento de dicha solemnidad no requiere de una constatación expresa del juicio de capacidad, desarrollada mediante una fórmula literal exacta o sacralizada, sino que puede inferirse de locuciones o expresiones distintas que igualmente refieran idéntico juicio de capacidad.

A juicio de esta Sala, y reconociendo la complejidad doctrinal que encierra el presente caso debe señalarse que la interpretación rigorista que desarrolla la Audiencia Provincial no es la más ajustada a la finalidad del precepto, ni a su interpretación sistemática, particularmente en relación con el principio del *favor testamenti*. En efecto, en esta línea debe resaltarse que en el particular ámbito de la ineficacia testamentaria la aplicación de dicho principio, como criterio tendente a flexibilizar las solemnidades testamentarias, ha sido seguido desde antiguo por nuestra doctrina jurisprudencial de forma que, según norma de buen criterio, y dada la naturaleza y significación de la sanción, esto es, la nulidad del testamento, se impone tener en cuenta la índole de dichas formalidades, armonizándose así la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de su expresión (STS de 30 de abril de 1909). De ahí que, en contra de lo argumentado por la parte recurrida, la STS que cita en apoyo de su pretensión (la de 24 de abril de 1896), que en relación con el caso que nos ocupa declara que «no es necesario que la manifestación del Notario acerca de la capacidad de la otorgante se consigne con las palabras precisas e insustituibles a su juicio, *bastando que cualquier otro modo o con locución distinta expresa clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento*», lejos de ser un precedente aislado, constituye una aplicación del principio del *favor testamenti*, como en su caso, la STS de 26 de noviembre de 1901, respecto de los actos propios (conformidad con lo dispuesto en el testamento), y la posterior solicitud de nulidad por infracción de solemnidades testamentarias; principio que, en todo caso, no ha dejado de ser reconocido por la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS de 14 de octubre de 2008).

Este criterio de flexibilización de las solemnidades testamentarias sin detrimento de la autenticidad y capacidad de la voluntad expresada, tampoco debe ponerse en tela de juicio por la modificación del artículo 685 CC, operada tras la ley 30/1991, de 20 diciembre, por la que la formulación: «*También procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar*», se cambia por: «*También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar*», pues, como señala la STS que cita el recurrido de 19 de septiembre de 1998, «la reforma operada llevó a un cambio semántico, *que no es ninguna innovación*, ya que se volvió a lo dispuesto en la primera solución del CC», que, a su vez, traía causa del juicio de capacidad exigido en el artículo 6.º de la Instrucción para la redacción de instru-

mentos públicos, de 9 de noviembre de 1874, con lo que aparte de zanjar la controversia doctrinal sobre quien debe apreciar la capacidad del testador en favor del Notario que, como declara la sentencia citada «se obliga y compromete con un juicio jurídico que es exclusivamente propio y personal», la reforma operada nada cambia en el plano sustantivo y formal del juicio de capacidad, en donde el grado de certeza exigible en la comprobación sigue siendo «a su juicio», como antes de la reforma, en la edición primera del Código a la que ahora se vuelve, y en donde, con idéntico fundamento, nada cambia tampoco respecto del plano formal de materialización documental de dicho juicio de capacidad, resultando igualmente aplicable la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma.

A mayor abundamiento conviene destacar que en la Sentencia del Pleno de 15 de enero de 2013, esta Sala ha profundizado en la revitalización del principio del *favor contractus* no sólo en su concepción tradicional de canon interpretativo sino también de su propia configuración como principio general de Derecho declarando: *Siguiendo esta línea, la cuestión se vislumbra de un modo más nítido si nos preguntamos por el alcance sistemático que posibilita el ámbito conceptual de la figura, particularmente del principio de conservación de los contratos o «favor contractus». Este principio no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Cc en materia de Obligaciones y Contratos. De modo que tal y como hemos señalado en las recientes sentencias de 28 junio y 10 septiembre 2012, precisamente en el marco del contrato de compraventa, la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica».*

De esta nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, también participa el principio del *favor testamenti*, como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos mortis causa, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, *debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada*. De ahí, que en contra de lo alegado por la parte recurrida, cobra más sentido, hoy en día, el criterio de flexibilidad que ya aplicó la antigua sentencia de 24 de abril de 1896, descartando la necesidad de que el cumplimiento del plano formal de capacidad se tenga que materializar, a su vez, de un modo expreso y ritualista, *bastando con que de cualquier otro modo, o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad*.

En el presente caso el meritado juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el Notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresi-

vas, que refieren *el consentimiento libremente prestado por la testadora*, y que *el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa*, expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren *de otro modo* al situar como eje de la validez testamentaria en la voluntad espontánea y libre de la testadora pues, como bien señala la parte recurrente, no cabe entender que se presta libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco, que pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para ello. (STS de 20 de marzo de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Se trata de la impugnación del testamento abierto otorgado por una viuda (nacida en 1926) que comparece ante un Notario de Vitoria el 25 de octubre de 2005, manifestando carecer de hijos y descendientes, y designa como único heredero a un hermano; fallece el 17 de febrero de 2007, y otros hermanos lo impugnan, alegando falta de capacidad mental de la testadora al tiempo de otorgarlo. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial, acoge el motivo de nulidad acogido en el acto de juicio por falta del requisito formal del juicio notarial sobre la capacidad de la testadora, apreciable de oficio por deducirse directamente de la copia de la escritura aportada, en la que únicamente se hace constar que la testadora comparece, y se identifica por su pasaporte que exhibe, y *asegura tener capacidad para testar y manifiesta su libre y consciente decisión de otorgar testamento*, no constando que, a juicio del Notario, *se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento*.

NOTA.—No cabe duda de que la aplicación pura y simple del texto del artículo 687 CC (*será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo*) hubiera conducido, sin más razonamientos, a la desestimación del recurso de casación, y, además, sin suscitar probablemente discrepancias doctrinales. Pero en el 2º FD, apartado 3, la Sala establece que *la interpretación rigorista que desarrolla la Audiencia no es la más ajustada a la finalidad del precepto, ni a su interpretación sistemática, particularmente en relación con el principio de «favor testamenti»*. Siendo, por lo demás, plenamente consciente aquélla de la *complejidad doctrinal que encierra el presente caso* (que en materia de costas la ha llevado a no hacer condena expresa, *dadas las serias dudas de Derecho que presentaba el caso en el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial y científica*). Acaso hubiera sido posible utilizar excepcionalmente la vía que indican Lacruz y colaboradores (*Elementos*, V, *Sucesiones*, 3.ª ed. a cargo de Rams Albesa, Madrid 2007, p. 171): «En unos pocos supuestos concretos el TS ha atenuado el rigor de los principios, por considerar que la infracción formal no tiene entidad suficiente como para determinar la nulidad del testamento, —citando a Puig Brutau—, en el sentido de que no se trata de posibles contradicciones doctrinales porque la introducción de cierta flexibilidad siempre se funda en criterios de equidad y éstos tienen su justificación en circunstancias especiales de cada caso (ss. de 10 abril 1909, 27 mayo 1914 y 11 febrero 1929)». Sin embargo,

con un mayor tinte de audacia, la Sala –en mi opinión– ha tratado de avanzar más lejos en fase interpretativa, utilizando un sorprendente método que cabría configurarse como de vuelta a la abstracción del pandectismo, pero con objetivo de desembocar en el anti-formalismo y sin desdeñar posibles apoyos del Derecho europeo e internacional, exponiéndose sin duda a recibir críticas doctrinales. A mediados del siglo pasado el maestro De Castro (*El negocio jurídico*, Madrid 1967, pp. 277 ss.) advirtió de la relatividad de las tendencias formalismo-antiformalismo, pues la Historia del Derecho y el Derecho comparado enseñan que dominan según tiempos y lugares y que no se presentan puramente, sino en variadas combinaciones, alertando sobre la necesidad de evitar las exageraciones. A modo de resumen afirma que la forma tiene alcance distinto según sea la clase del negocio considerado, y así, en general, se entiende necesaria o natural para los negocios de Derecho de familia, para los *mortis causa* y para los constitutivos, con especiales matices para la creación o transmisión de derechos reales. Por lo demás el autor se centra en los negocios de Derecho de obligaciones cuya evolución moderna describe (loc. cit. p. 279) refiriendo en detalle las ventajas e inconvenientes que Ihering había visto en unos y otros, mostrando este autor su simpatía por el formalismo, aunque no dejaba de advertir la variabilidad de opciones según las diferentes instituciones jurídicas, los tiempos y los pueblos. La doctrina más reciente señala entre nosotros un *renacimiento del formalismo* impuesto por las normas de la protección de consumidores y dirigido tanto a inducir al consumidor a la reflexión como a proporcionarle una información adecuada sobre sus derechos y obligaciones y, en general, sobre la reglamentación contractual (así Martínez De Aguirre, en VVAA., *Curso, 2, Derecho de obligaciones*, coordinado por él mismo, 2.ª ed. Madrid 2008, p. 339), fenómeno, como se sabe cada vez más intensificado que no llegó a contemplar en su integridad el maestro De Castro.

La configuración aportada por la novedosa STS de Pleno de 15 de enero de 2013, acerca del *favor contractus*, o del principio de conservación del contrato, no ya sólo en fase hermenéutica (así Parra Lucán, en VVAA, *Curso, 2, Derecho de obligaciones*, cit. p. 456) sino en el ámbito de los principios generales de derecho, puede suscitar dudas, sobre todo en la indiscriminada y directa aplicación que la sentencia hace a los actos *mortis causa*. Por todo ello, quizá pueda considerarse apresurada la conclusión del 2º FD, punto 5 *in fine*: *descartando la necesidad de que el cumplimiento del plano formal del juicio de capacidad se tenga que materializar, a su vez, de un modo expreso y ritualista, bastando con que de cualquier modo o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad.* (G. G. C.)

32. Sustitución fideicomisaria: Interpretación testamentaria de la expresión «hijos y descendientes legítimos» conforme a los cambios sociales y los principios constitucionales: Testamento del fideicomitente otorgado en 1935: Limitación de la interpretación integrativa: Criterios delimitadores.—Con rigor técnico no puede estimarse que en la declaración formal testamentaria del fideicomitente haya lugar a duda, o cuestión inter-

pretable acerca de la voluntad realmente querida que dé lugar a una interpretación integrativa sobre la base de una nueva realidad social prevista o asumida por el testador. En efecto, en primer término, porque la realidad social preponderante en la dinámica del proceso sucesorio y, por tanto en el proceso interpretativo, ya como ámbito social propiamente dicho, o como ámbito jurídico, viene determinado por la muerte del causante, producida en este caso el 22 de abril de 1935, teniendo plena vigencia el fundamento testamentario de la vocación hereditaria. En segundo término, porque en el ámbito del proceso interpretativo, y valorada la declaración formal testamentaria conforme a los diversos medios interpretativos (lógicos, sistemáticos y teleológicos), no se observa duda o cuestión interpretativa que deba integrarse o ser desenvuelta por la valoración judicial. Al respecto, en el propio contexto social y jurídico de la época, conforme a la declaración formal testamentaria, no puede estimarse, tal y como defiende el recurrente, que la precisión con que el testador dispone el *ordo sucessivus* de la sustitución fideicomisaria: «*Es decir que falleciendo su hijo, Don Celso, le sucederán sus hijos y descendientes legítimos*» (cláusula 9.^a), resulte inexpressiva, ambigua o referida a un concepto definitorio de carácter meramente genérico; por el contrario, su expresión lícita y usual para la época determinaba, frontalmente, la exclusión derivada de la denominada filiación ilegítima, y de toda aquella que no otorgare legítimos derechos sucesorios respecto del causante (supuesto, en su caso, de la adopción aplicable al antiguo artículo 180 CC, en su redacción dada en 1958, que limitaba los derechos del adoptado a su relación de parentesco con el adoptante, pero no con la familia del adoptante, y sólo respecto de los pactados en la escritura de adopción). Obsérvese en esta línea que la citada STS de 29 de septiembre de 2006, se refiere a las circunstancias jurídicas y sociales del *momento en que se dictó el testamento*, y condiciona la interpretación integrativa a que no conste de manera suficiente la verdadera voluntad del testador.

En el presente caso, por tanto, la valoración integradora que se realiza judicialmente vulnera la voluntad realmente querida por el testador atribuyéndole, de forma presuntiva, una disposición testamentaria, de claro contenido abstracto e indeterminado, por la que hipotéticamente se atiende a una mera intención que subyació en la voluntad interna y no declarada del testador de aceptar y adaptar sus disposiciones testamentarias al desenvolvimiento de los cambios sociales, conforme a sus nuevas reglas y principios.

Por otra parte, tampoco resulta acertada la equiparación del presente caso con los supuestos de sustituciones fideicomisarias de tipo condicional, particularmente de la modalidad *si sine liberis decesserit*, pues el testador no toma la descendencia como objeto de condición, propiamente dicha, sino como presupuesto lógico del *ordo sucessivus* ordenado en la sustitución fideicomisaria («A la muerte de los hijos del testador pasarán a los hijos y descendientes de que dejare cada uno»), de suerte que el llamamiento de los fideicomisarios resulta cierto desde la muerte del testador fideicomitente, sin estar sujeto al cumplimiento de condición alguna; cuestión de suma importancia para el presente caso, pues, a diferencia de la sustitución fideicomisaria de tipo condicional (art. 759 CC), en los fideicomisos ordinarios sujetos a término, supuesto que nos ocupa, los fideicomisarios adquieren sus derechos a la herencia desde la muerte del testador, transmitiendo dicho derecho a sus herederos si mueren antes que la restitución se opere (art. 784 CC).

Aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (arts. 14 y 39 CE) respecto de relaciones jurídicas sucesorio-

rias no agotadas o pendientes de ejecución: Sustitución fideicomisaria y dinámica del proceso sucesorio y adquisitivo.—En el presente caso, el fideicomisario adoptado adquirió su derecho hereditario desde la muerte del testador fideicomitente, transmitiendo dicho derecho a sus herederos tras su propia muerte (art. 784 CC). Sin embargo, dicha transmisión no operó la consumación o consolidación de la situación sucesoria creada y, con ella, la definitiva adquisición de la herencia, al quedar sujeta tanto a la muerte del heredero fiduciario adoptante, que murió con posterioridad al heredero fideicomisario adoptado, como a la aceptación de la herencia fideicomisaria por sus propios herederos, como titulares del derecho hereditario objeto de transmisión, esto es, respecto de la restitución o deber de entrega de los bienes de la herencia a la muerte del heredero fiduciario, en el año 1971, como en relación a la aceptación tácita de los herederos del heredero fideicomisario implícita en la demanda de 10 de mayo de 1999 que inicia el presente litigio, y por la que declaran su condición de propietarios de los bienes hereditarios. Proceso adquisitivo, abierto y todavía no consolidado, en el que resulta pertinente la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (arts. 14 y 39 CE) respecto de sucesiones que aunque abiertas con anterioridad a la Constitución, no obstante, como es del caso, no han consolidado o agotado el proceso sucesorio y adquisitivo derivado. **(STS de 1 de marzo de 2013; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Como es habitual en este tipo de procesos la complejidad de las relaciones jurídicas que han mantenido los litigantes conduce a una notable prolongación del pleito (el causante fideicomitente otorga testamento en 1935, la demanda origen del pleito se presenta en 1999, transcurriendo más de un decenio hasta que dicta sentencia el Juzgado de Primera Instancia, y tardando algo menos de cuatro años en resolver el recurso el Tribunal Supremo; pese a desestimarlo no se hace imposición de costas *dadas las serias dudas de Derecho que presenta el caso respecto de la complejidad de las perspectivas metodológicas de aplicación*). El marco cronológico no difiere mucho del caso resuelto anteriormente por STS de 18 de marzo de 2011, referido a un fideicomiso constituido en 1901 bajo la fórmula *si sine liberis decesserit*, fideicomiso recíproco entre los nietos del testador que son, a la vez, fiduciarios y fideicomisarios, con estimación parcial del recurso, aunque por aplicación de la equivalencia de resultados la Sala lo desestima finalmente (extractada y anotada por mí en ADC, 2013, pp. 971-974); en cambio, los presupuestos fácticos difieren.

En el caso de la sentencia de 2013, la demanda se dirige contra los descendientes de un fideicomisario que había sido adoptado y que habían procedido a realizar diversas operaciones jurídicas, entre ellas la partición; el fideicomiso recaía sobre la parte de libre disposición del fideicomitente y también sobre el tercio de mejora. La cláusula controvertida disponía que la sustitución fideicomisaria se disponía en favor de *hijos y descendientes legítimos*. El Juzgado de Primera Instancia, con apoyo de la STDDHH de 14 de julio de 2004 y de las SSTs de 18 de junio de 2002 y 29 de septiembre de 2006 efectúa una interpretación integrativa de aquella para incluir en ella tanto a la filiación natural como a la adoptiva. Pero la

sentencia en el 2º FD, apartado 3 afirma que a juicio de esta Sala, y sin perjuicio de la validez general de dicha argumentación, su aplicación al presente caso resulta técnicamente incorrecta, cuya razón de fondo no es otra que el propio marco normativo de la interpretación testamentaria que delimita el alcance que pueda derivarse de la interpretación integrativa en orden a crear una disposición testamentaria atribuible al testador. Luego entiende la Sala que Roque, causante fideicomitente quiso referirse exclusivamente a los hijos que la legislación vigente consideraba *legítimos*. Doctrina que con la salvedad de algunos puntos concretos, confirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial. Ahora bien, al estimar que el proceso fideicomisario no se ha culminado todavía, deja abierta la posibilidad de la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad y no discriminación, con lo que, a mi juicio, mantiene sustancialmente –si bien, alterando su *ratio*– el criterio amplio de interpretación sustentado por ambas instancias. (G. G. C.)

