

FAMILIA SUCESIONES **ICAV**

PABLO TORTAJADA CHARDÍ

La guarda de hecho: una medida informal, pero con prueba necesaria

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Cargas y deudas gananciales

JORGE ANTONIO CLIMENT GALLART
¿Obliga el artículo 12 CEDH a los Estados a reconocer el derecho al matrimonio igualitario?

SATURNINO SOLANO
Ideas para ganar la confianza del cliente

LA ABOGACÍA: MÁS ALLÁ DE UNA SIMPLE PROFESIÓN

Recién entrados en el último trimestre del año, llega el momento de hacer una valoración, tanto profesional, como personal. Porque ser abogado, implica unos valores más allá de los mercantiles, derivados del ejercicio. Y si esta afirmación es aplicable a cualquier especialidad del Derecho, se hace especialmente presente en el ejercicio del Derecho de Familia, desde el que se atiende, sin duda una enorme labor social.

La abogacía es una profesión de responsabilidad, de lealtad y de nobleza, y precisamente el Derecho de Familia requiere de la aplicación de dichos condicionantes en su mayor exponente, no siendo baladí que la palabra abogado provenga de la latina advocatus, y signifique “el llamado para ayudar”. Cuando hablamos de conflictos familiares, donde se encuentran en juego todos y cada uno de los aspectos más trascendentales de la vida de los clientes, esa ayuda se intensifica más allá incluso de lo meramente procesal y jurídico.

La lucha constante que exige la dedicación de los abogados de Familia, requiere vocación, paciencia, coraje, conocimientos, y actitud de rebelarse frente a la injusticia, entendiendo que la defensa de la dignidad de las personas, lo engloba todo, y más si se trata de la resolución de conflictos familiares.

Por ello, ser abogado de Familia no solo es ejercer un trabajo o una tarea, es entregarse a una vocación y a una causa con la finalidad de ordenar y resolver unas maltruchas, o no, relaciones familiares ajenas. El conjunto de los compañeros que nos dedicamos a esta profesión realizamos una importante misión social, que no puede realizarse en solitario, motivo por el que

Palmira Trellis
Presidenta
de la Sección
de Familia y
Sucesiones del
ICAV



sea tan importante la unión entre todos nosotros, velando por la calidad jurídica y ética en nuestro compromiso de ejercicio de esta disciplina del Derecho.

Dicen que “La abogacía es la segunda profesión más peligrosa del mundo, solo después del periodismo”, y es que trabajamos en un sector muy exigente y estresante, sometidos a larguísimas jornadas de trabajo, plazos perentorios y grandes dosis de presión que provienen de todos los lados del triángulo, y que, en ocasiones, impiden una vida equilibrada... Y aun así, NO nos rendimos.

¡Somos un gran gremio, un gremio increíble! Y hoy, desde esta Sección, sentimos la necesidad de reconocerlos y agradecerlos vuestro trabajo diario, muchas veces no agradecido, lanzando el mensaje de que estamos a vuestro lado, y junto con el resto de Familia ICAV, seguiremos apoyándoos activamente en todo lo que pudierais necesitar y esté a nuestro alcance lograr.

Gracias por vuestro día a día.

02

EDITORIAL

04

PABLO TORTAJADA
CHARDÍLa guarda de
hecho: una medida
informal, pero con
prueba necesaria

09

JOSÉ RAMÓN
DE VERDA Y
BEAMONTECargas y deudas
gananciales

17

JORGE ANTONIO
CLIMENT GALLART¿Obliga el
artículo 12 CEDH
a los Estados
a reconocer
el derecho al
matrimonio
igualitario?

23

SATURNINO
SOLANOIdeas para ganar
la confianza del
cliente

icav

Ilustre Colegio de
Abogados de ValenciaFAMILIA Y SUCESIONES ICAV
NÚMERO 28/2023

[Edita] Sección de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.
Plaza Tetuán, 16- 46003 Valencia. Tel. 963 9412 887.
Web: www.icav.es / E-mail: palmira@palmiratrellis.com [Directora] Palmira Trellis Martín.
[Colaboradores] Pablo Tortajada Chardí, José Ramón de Verda Y Beamonte, Jorge Antonio Climent Gallart, Saturnino Solano [Imágenes] Por Freepik.
ISSN 2659-3122

Las opiniones que figuran en la publicación “FAMILIA Y SUCESIONES ICAV” pertenecen exclusivamente a sus autores.

LA GUARDA DE HECHO: UNA MEDIDA INFORMAL, PERO CON PRUEBA NECESARIA



La transformación producida en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha reforzado la figura de la guarda de hecho como una alternativa a la suprimida incapacitación judicial, la cual queda anulada desde el cambio de paradigma que se está produciendo ante las reformas legislativas en materia de discapacidad fruto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, con fundamento en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales, en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo, promoviendo por tanto una desjudicialización del sistema.

En este sentido, la guarda de hecho se refuerza y transforma en una propia institución jurídica de apoyo, con especial preferencia respecto al resto de medidas, el art. 255 CC establece en su último párrafo que “Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”, en este sentido la SAP Santa Cruz de Tenerife 25 mayo 2022 (Tol 9179553) rechaza la petición de la demandante de establecer una curatela representativa bajo el fundamento de ser suficiente la eficaz actuación llevada a cabo por la guardadora de hecho tanto a nivel personal como de administración ordinaria de sus bienes. No obstante, el principal obstáculo al que se enfrenta esta institución para su actuación en el tráfico jurídico es el derivado de la constatación de su existencia.

Resulta innegable la imperante necesidad de establecer mecanismos concretos para verificar la existencia de la guarda de hecho, una cuestión que ha suscitado considerable atención en la esfera pública, con implicación clara de las entidades financieras, empresas e instituciones. La exigencia de acreditar y demostrar la guarda de hecho se ha convertido en un requisito ineludible para la realización de diversos trámites y gestiones. Este escenario nos sumerge en una paradoja legal, en la que se nos plantea la tarea de justificar lo que la ley ya regula de manera precisa y detallada. Resulta esclarecedor el AJPI núm. 5 Córdoba 8/2022 7 febrero 2022 (Prov. medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021), donde se reconoce que la guarda de hecho no precisa de una investidura formal, si bien, la guardadora “se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana”, exponiendo el juzgador su preocupación, ante el desconocimiento e incumplimiento de la nueva regulación legal, lo que obstaculiza, entorpece y retrasa que se puedan ejercitar los derechos de las personas con discapacidad por parte de sus guardadores de hecho.

En suma, deben fortalecerse los mecanismos de acreditación de la guarda de hecho, donde se incide en el carácter de medida informal de apoyo, de origen legal, estable y con vocación de permanencia, con el fin de promover esa asistencia, y respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, pues resulta una necesidad brindar apoyo y soporte a los guardadores y guardados, ante la dificultad actual, promoviendo así la protección de los derechos de las personas con discapacidad y la aplicación efectiva de la nueva legislación, sin errar en una regulación excesiva de la guarda de hecho, puesto que se desnaturalizaría la institución, convirtiéndola en una guarda de derecho o una incapacitación más relajada.

Debe ser una obligación de los operadores jurídicos, y sobre todo del legislador, coadyuvar y facilitar la vida diaria de las personas, sin producir mayores inconvenientes de los habituales o existentes, pues si ya resulta más costoso lidiar con el día a día para las personas con discapacidad en entornos o medios nada accesibles, aún resulta más gravoso

provocar la realización de arduas labores y de costosos trámites, que no hacen sino dificultar la actuación y vida de estas personas.

La guarda de hecho y la habilitación para actuar del guardador provienen directamente de la ley, no de un documento o resolución judicial o administrativa previa, pese a la extendida sensación que sin éstos no se puede actuar.

Se comparte la necesidad de asumir la nueva figura del guardador, dentro del contexto de cambio de paradigma, que busca desjudicializar la vida de las personas y sustituir los regímenes de sustitución en la toma de decisiones por los de refuerzo o soporte, huyendo de excesivos trámites. La SAP Valencia 19 abril 2023 (JUR 2023, 286037), reconoce la disparidad de criterios, pues la expresión de la “desjudicialización” propugnada por la Ley 8/2021 no está siendo acogida por igual en las primeras resoluciones judiciales de instancia, que resuelven juicios de modificación de capacidad instados conforme a la anterior legislación, en los que se pedía, por parte de quien ejercitaba la guarda de hecho de un familiar el nombramiento de un tutor. Y continúa la crítica en su Fundamento Jurídico Cuarto, a la orientación jurisprudencial, que pese a la dicción del nuevo art. 263 CC, constituyen una curatela en razón de la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad; y ello, a pesar de existir una guarda de hecho, que funcionaba correctamente. En mismo sentido la reciente SAP Cantabria 13 junio 2023 (JUR 2023, 279086), la cual reitera la suficiencia y adecuación de la guarda de hecho.

En la SAP A Coruña 26 abril 2023 (JUR 2023, 254114), se reconoce la problemática de la guarda de hecho, manifestando que la guarda de hecho indicada en el auto recurrido es insuficiente y previsiblemente daría lugar a numerosos problemas. Insistiendo en que la acreditación de la guardadora de hecho ante autoridades y terceras personas, para poder actuar en representación de su padre, debe plantear cada vez el correspondiente procedimiento para justificar la necesidad de la intervención representativa y obtener la autorización judicial, por lo que otorga el establecimiento de una curatela representativa.

Ante la necesidad de acreditar la guarda de hecho que confronta con la naturaleza misma de la institución, la realidad práctica, con-



firma la necesidad de llevarlo a cabo y atestiguar la función de guardador, pues se exige la existencia de un título de legitimación para la actuación del mismo.

Si bien resulta como decimos contradictorio con el propio concepto de la guarda de hecho expuesto, se solicita en numerosas ocasiones el auxilio judicial al efecto.

En otro ámbito, puede llevarse a cabo la formalización de un acta de notoriedad, para dotar al guardador de hecho de un documento “que sin ser título legitimador, le permita justificar la situación fáctica ante la autoridad judicial o entidad pública” de que se trate (Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad), con fundamento legal en el art. 209 del Reglamento Notarial, donde se dispone que “Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso”, si bien cabe advertir la vigencia de la meritada acta.

Así mismo, en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil., art. 40.3.9º LRC 2011 se autoriza y puede ser objeto de anotación la guarda de hecho, si bien tal y como se establece, en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción, únicamente tendrán un valor meramente informativo.

En el ámbito de un expediente informativo, el ministerio Fiscal está facultado para dictar un decreto de archivo de diligencias preprocesales. La Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, modificada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, sistematiza en su art. 5, las diligencias preprocesales, puesto que pese a ser un instrumento dedicado a la regulación de las diligencias de investigación en el orden penal, el último párrafo, permite la ampliación al orden civil, en tanto “También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”.

Es por lo que puede acreditarse mediante las diligencias preprocesales de Fiscalía, donde se acuerda no interponer demanda de provi-

sión judicial de apoyos, y se dicta un decreto de terminación, donde se establece que existe un guardador de hecho eficaz, contando con un instrumento que presenta la ventaja de estar motivado, y en los que se ha investigado la existencia de guardador, su eficaz gestión, y se consigna su identidad.

En el ámbito administrativo, son habituales los modelos de declaración responsable de guarda de hecho, con la finalidad básicamente de llevar a cabo las peticiones de reconocimiento de la situación de dependencia, así como el certificado de empadronamiento, al resultar de extraordinaria relevancia el hecho de convivir con la persona con discapacidad.

En este sentido, recientemente se ha suscrito el Protocolo Marco de colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, el cual establece en su documento interpretativo que “la fórmula de declaración responsable ante la entidad bancaria se muestra como buena práctica para garantizar la salvaguarda de su adecuado ejercicio, especialmente en ausencia de obligación de rendir cuentas periódicas a la fiscalía o a la autoridad judicial”, por lo que entendemos puede ser un medio idóneo, ágil y eficaz para la acreditación.

Resaltar igualmente la Ley 41/2002 de 14 de noviembre reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información clínica, la cual establece en su art. 9.3, 5.3, art. 11, 9.2. puesto en relación al mismo el Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre (BOE n. 222 de 16 de septiembre de 2006) por el que se aprueba la carta de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, art. 7 que se garantizará la necesaria continuación asistencial que incluye, información y asesoramiento a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador principal, resaltando la reciente STS 23 enero 2023 (RJ 2023, 2350), donde se dispone que aunque el art. 9.3 de la Ley 41/2002 contempla el consentimiento por representación de las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, y el apartado 6 del mismo art. 9 exige que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el apartado 7 del mismo art. 9, conforme al cual: “la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de de-





cisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

En la Consulta de 30 noviembre 2021 Instituto Nacional de la Seguridad Social (JUR 2021, 372918), con el fin de solicitar una prestación económica de la Seguridad Social, la subdirección general de ordenación y asistencia jurídica, en cuanto a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, establece como criterio de gestión, con el objeto de homogeneizar la gestión de los centros gestores y como pauta de actuación, el reconocimiento al guardador de hecho, pueda solventar las cuestiones ordinarias de la vida de la persona con discapacidad, y la condición de éste pueda acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado

de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición.

Es fundamental promover la inclusión de las personas con discapacidad y avanzar en la protección de sus derechos, garantizando la seguridad jurídica y promoviendo que la guarda de hecho sea un instrumento efectivo para proteger los derechos de las personas con discapacidad para contribuir a crear una sociedad más justa, inclusiva y accesible.

Pablo Tortajada Chardí

*Abogado,
Profesor Asociado
Derecho civil de
la Universidad de Valencia.*



CARGAS Y DEUDAS GANANCIALES



I. DISTINCIÓN ENTRE CARGAS Y DEUDAS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

En el ámbito de la sociedad de gananciales es necesario distinguir los conceptos de “cargas” y de “deudas”.

La sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica: quienes realizan gastos y contraen obligaciones son los cónyuges, individual o conjuntamente STS 5 noviembre 2008 (Tol 1401729). Por ello, hay que determinar, de un lado, qué patrimonio ha de asumir los gastos que aquéllos realizan (el privativo del cónyuge deudor o el ganancial) y, así mismo, qué bienes responden frente a terceros de las deudas que contraen (si sólo los del cónyuge deudor o también los de carácter ganancial).

a) La expresión “cargas” está referida a las relaciones de los cónyuges entre sí, por lo

que se dice que tiene un carácter “interno”: engloba aquellos gastos que, con independencia de quien los haya realizado, han de ser soportados por la sociedad; por ello, si han sido satisfechos por uno de los cónyuges con dinero privativo, éste tiene derecho a ser reembolsado por su importe, con cargo al patrimonio ganancial.

Así, conforme al art. 1364 CC, “El cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común”.

La STS 20 junio 2008 (Tol 1343838) explica que las cargas de la sociedad de gananciales son “gastos o pagos que, por razón de su finalidad, deben repercutir, de modo definitivo, sobre el patrimonio ganancial, con independencia de que frente al acreedor haya o no obligación directa de la sociedad”.

b) La expresión “deudas”, por el contrario, tiene carácter “externo”, ya que, con ella, se trata de determinar qué bienes responden frente terceros de las deudas contraídas por los cónyuges: se dice que una deuda es ganancial, cuando cualquiera que sea quien la haya contraído, de ella responden, directamente, no sólo los bienes privativos del cónyuge deudor, sino también los bienes gananciales.

Estamos, pues, ante conceptos distintos, lo cual no significa que, en algunos casos, estemos ante gastos, que sean de cargo de la sociedad de gananciales, y, además, deriven de una deuda de la sociedad de gananciales.

Es, por ejemplo, el caso del importe de las rentas de alquiler de unas fincas rústicas cultivadas por el cónyuge, agricultor profesional, que, de un lado, son cargas de la sociedad de gananciales, pues es un gasto necesario para la “explotación regular de los negocios” (art. 1362.4º CC), y, en cuanto tal, su pago ha de soportarlo la sociedad (que ha de reembolsarlo a quien los pagó con dinero privativo); y, de otro, son también deuda de la sociedad, pues es contraída en “el ejercicio ordinario de la profesión” (art. 1365.2º CC), por lo que los bienes gananciales responden de ella frente a los acreedores.

La STS 27 septiembre 2022 (Tol 9247932) explica, así, que esta deuda, “aunque contraída solo por el esposo de la demandada, es carga de la sociedad de gananciales, en cuanto permitía al arrendatario desempeñar su profesión de agricultor”; y así mismo, en cuanto, nacida “del impago de las rentas de un contrato de arrendamiento agrícola con el fin de cultivar y explotar la finca arrendada”, la deuda no era privativa del marido, “aunque en el contrato solo interviniera el marido como arrendatario”.

II. GASTOS DE CARGO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Como regla general, el art. 1362 CC dispone que son de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:

1º “El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia.

La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación”.

2º “La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes”.

El ejemplo paradigmático de los gastos de adquisición es el de la compra de un bien ganancial realizada, en todo o en parte, con dinero privativo de uno de los cónyuges, quien tendrá derecho a pedir el reembolso de su importe a la sociedad.

Hay que recordar que, a tenor del art. 1355.I CC, “Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga”. Sin embargo, la atribución voluntaria del carácter ganancial a un bien no impedirá, en su caso, el nacimiento de un derecho de reembolso del valor satisfecho a costa del caudal propio de uno de los cónyuges, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación (art. 1358 CC).

Por lo tanto, si ambos cónyuges atribuyen la condición de ganancial a un bien comprado con dinero privativo de uno de ellos, aquel a quien perteneciera el dinero con el que se hubiese pagado su precio no puede posteriormente pretender cambiar la calificación del bien adquirido, pretendiendo que se considere privativo suyo, por haber sido pagado con dinero de su propiedad. Eso sí, podrá reclamar ser reembolsado a costa del caudal común, conforme al art. 1358 CC, sin que para ello sea preciso que, al tiempo de realizarse la adquisición, se hubiera reservado el derecho a reclamar a la sociedad la devolución de la cantidad por él pagada, pues no se presume que la hubiese donado a aquélla [STS (Pleno) 27 mayo 2019 (Tol 7258118)]. Igualmente, existirá el derecho de reembolso por el importe del dinero privativo aportado, cuando el bien al que se haya atribuido carácter ganancial se hubiera comprado, en parte, con dinero privativo, y, en parte, con dinero ganancial [STS 6 marzo 2023 (Tol 9482459)].



La STS 23 noviembre 2022 (Tol 9307462) calificó también como carga de la sociedad los desembolsos hechos por tres sociedades que se hallaban bajo el ámbito de control del marido para la compra de la vivienda familiar de carácter ganancial, afirmando que se debían incluir en el pasivo como una deuda en favor de dichas sociedades al realizarse el inventario a efectos de la liquidación. Dice, así, que “ha quedado acreditado que el dinero con el que se efectuaron los pagos para la adquisición de un bien ganancial no era dinero ganancial, sino perteneciente a sociedades con su propio patrimonio, sin que quepa presumir la gratuidad de los pagos efectuados ni de las operaciones financieras realizadas”.

3º “La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges”, pues los rendimientos de este tipo de bienes son gananciales

Es el caso de los gastos de comunidad o de seguros de la vivienda privativa de uno de los cónyuges, que ha sido destinada a vivienda familiar (existe aquí una clara conexión con el “sostenimiento de la familia”, a que se refiere el art. 1362.1º CC) [SAP Málaga 29 octubre 2015 (Tol 5722691)], o los gastos de “suministros de agua, electricidad o de otro tipo, o

las tasas o impuestos por uso de alcantarillado, recogida de basuras y otras semejantes” [SAP Vizcaya 4 junio 2021 (Tol 8620490)], siendo, en cambio, discutido si pueden considerarse cargas del matrimonio los gastos derivados del pago de impuestos que gravan la misma, por ejemplo, el IBI. A favor, SSAP Málaga 29 octubre 2015 (Tol 5722691) y Vizcaya 4 junio 2021 (Tol 8620490); en contra, sin embargo, SAP Asturias 31 diciembre 2015 (Tol 5641591), considerando que “dicho tributo es uno de carácter directo y real sobre el valor de un bien y cuyo hecho imponible lo constituye, sin más, la titularidad de un derecho real” (en este caso, la propiedad), y “no puede pretenderse su conexión con el sostenimiento de la familia”.

La SAP Salamanca 13 noviembre 2018 (Tol 7010312), en relación con una vivienda privativa arrendada, cuyas rentas tienen carácter ganancial, considera “doctrina pacífica la de que siendo así que al establecerse en el art. 1347, 2º CC que los frutos y las rentas de los bienes privativos pertenecen a la Sociedad de Gananciales, venga de lógica que los gastos ordinarios que se generen para la administración de los mismos, también lo sean y en ese capítulo se incluyen los gastos de comunidad de propietarios, cuota de administración, de

mantenimiento, reparaciones necesarias por los deterioros de su uso, abono de cuotas de administración a profesionales, por ejemplo en la gestión y cobro de alquileres, etc.". En cambio, afirma que "el hecho imponible del IBI es la propiedad del inmueble y que, por ello, el sujeto pasivo del tributo sólo lo es el titular dominical, y no la sociedad ganancial".

4º "La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge", por, el ejemplo, el pago de los alquileres del inmueble en el que se ejerce [STS 27 septiembre 2022 (Tol 9247932)]; y ello, porque los beneficios de las actividades empresariales o profesionales de cualquiera de los cónyuges tienen carácter ganancial.

A tenor del art. 1363 CC, "Serán también de cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte".

III. DEUDAS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Son deudas gananciales aquéllas, que, contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos, pueden ser ejecutadas directamente por los acreedores sobre el patrimonio común.

1. DEUDAS CONTRAÍDAS POR AMBOS CÓNYUGES CONJUNTAMENTE O POR UNO CON EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL OTRO.

Conforme al art. 1367 CC, "Los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro".

Obviamente, la responsabilidad de los bienes gananciales no excluye la de los bienes privativos de los cónyuges o del que hubiera contraído la deuda, conforme a la regla general del art. 1911 CC. No responden, en cambio, los bienes privativos del cónyuge que, simplemente, se hubiese limitado a consentir expresamente la obligación asumida por su consorte, porque carece de la condición de deudor.

No se dice que la responsabilidad estableci-

da por el precepto tenga carácter solidario. Sin embargo, con apoyo en el art. 1369 CC, la doctrina entiende que los bienes gananciales responden solidariamente con los bienes privativos de los cónyuges deudores.

2. DEUDAS CONTRAÍDAS POR UNO DE LOS CÓNYUGES, QUE, ADEMÁS, SEAN DEUDAS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

A tenor del art. 1369 CC, "De las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de esta".

La cuestión es entonces determinar cuándo objetivamente una deuda es de la sociedad, para lo cual hay que acudir al art. 1365 CC.

La STS 3 noviembre 2004 (Tol 514244) explica que, "en los matrimonios regidos por las normas de la sociedad de gananciales, si la obligación la contrae, '*nomine proprio*', uno de los cónyuges él será el único deudor, no el otro", pero, pese a ello, responderán directamente los bienes comunes, si "la deuda es de la naturaleza que el legislador toma en consideración para facultar a los acreedores a que hagan efectivo su derecho con una ejecución directa sobre los bienes comunes".

Según el art. 1365 CC, "Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge":

1º) "En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda".

Hay que poner en relación el primer inciso del art. 1365.1º CC, con el art. 1319 CC (norma de régimen económico matrimonial primario), conforme al cual "Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma"; y "De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge".

2º) "En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio [por ejemplo, las rentas derivadas de las fincas arrendadas para su cultivo

por el cónyuge, agricultor profesional (STS 27 septiembre 2022 (Tol 9247932), o los avales prestados por el cónyuge, administrador único, en favor de la sociedad que gestiona, la mayoría de cuyo capital es ganancial (STS 15 marzo 1991 (Tol 1728208)] o en la administración ordinaria de los propios bienes".

Como consecuencia de lo dispuesto en el art. 1365.2º CC, los bienes gananciales responden por las deudas que puedan surgir por el ejercicio ordinario de la actividad profesional de cualquiera de los cónyuges. De estas deudas responden también, obviamente, los bienes privativos del cónyuge deudor que ejerza la profesión de la que deriva la deuda. Por el contrario, para que los bienes privativos del cónyuge no deudor (que no ejerza la actividad profesional) queden afectos a dicha responsabilidad es necesario que el mismo haya consentido expresamente contraer la deuda (art. 1368 CC).

El precepto tenía un inciso, suprimido por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, el cual preveía que "Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio". La remisión lo era a los arts. 6 a 12 de dicho Código, que también han sido suprimidos por la Ley 16/2022.

En esencia, los preceptos derogados del Código de Comercio supeditaban la responsabilidad de los bienes comunes por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de una actividad comercial al consentimiento del cónyuge no deudor (derogado art. 6), consentimiento que, sin embargo, podía ser tácito, deduciéndose de la no oposición de aquél en los términos previstos en los derogados arts. 7 y 8.

Esta divergencia regulatoria provocaba una diferencia de trato entre las deudas derivadas del ejercicio de una profesión liberal ("profesión, arte u oficio", según la dicción del art. 1365.2º CC), como podría ser la de un abogado, y el ejercicio de una actividad empresarial, de carácter mercantil, pues mientras, en el primer caso, el cónyuge no deudor no tenía la posibilidad de impedir que los bienes comunes quedasen directamente vinculados a la satisfacción de dichas deudas, en cambio, en el segundo caso, sí cabía esta posibilidad.

Esta diferencia de trato ya no existe. Por lo tanto, si los cónyuges están casados en ré-





gimen de gananciales y uno de ellos ejerce cualquier tipo de actividad profesional o comercial, los bienes gananciales responden de las deudas derivadas del ejercicio ordinario de dicha actividad, sin que el otro cónyuge pueda oponerse a ello.

A lo dicho, hay que añadir que, según el art. 106 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, “Las deudas tributarias y, en su caso, las sanciones tributarias, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán la misma consideración que las referidas en el artículo 1365 del Código Civil y, en consecuencia, los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas, contraídas por uno de los cónyuges, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 6 del artículo 84 de esta ley para el caso de tributación conjunta.

3. OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES.

“Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquella, sal-

vo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor” (art 1366 CC).

Por lo tanto, salvo estos dos últimos casos, según la regla jurisprudencial aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, cuando hay una pluralidad de deudores, responderán solidariamente los bienes gananciales y los privativos del autor del hecho dañoso.

El art. 1366 CC ha sido definido como un precepto “oscuro”; y a ello, contribuyen dos razones.

La primera es que tiene un doble alcance, pues, de un lado, determina que una serie de deudas (“obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes”) son de cargo de la sociedad de gananciales y que, por lo tanto, a efectos internos (en las relaciones entre los cónyuges), tendrán que ser soportadas por la sociedad (que habrá de realizar el correspondiente reembolso, en el caso de que los pagos hubieran sido hechos con dinero privativo del cónyuge deudor); y, de otro lado, contiene también una norma

externa de responsabilidad, sujetando los bienes gananciales a responsabilidad directa frente a los acreedores por dichas deudas.

La segunda es que el precepto, leído literalmente, excluye de su ámbito de aplicación las obligaciones extracontractuales, cuando las mismas “fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor”, es decir, en tal caso, las obligaciones, ni serán de cargo de la sociedad, ni, para su satisfacción, los acreedores podrán dirigirse contra los bienes gananciales; y ello, aunque se tratase de deudas de las que la sociedad se hubiera beneficiado, lo que es, evidentemente, injusto. Por ello, la jurisprudencia interpreta que, a pesar de concurrir dolo o culpa grave del cónyuge deudor, sólo procede excepcionar la aplicación del precepto, cuando se trate de obligaciones que no hayan redundado en beneficio de la sociedad.

La STS 13 diciembre 2022 (Tol 9049073) (desde la óptica interna, de las relaciones de los cónyuges entre sí) dice, así, que son cargas de la sociedad de gananciales las deudas derivadas de la responsabilidad civil derivada del delito de estafa cometido por el marido, en ejercicio “de una actividad (división de inmuebles rústicos y ventas de parcelas para construir en las que legalmente no estaba permitido edificar) de la que se lucraba la

economía familiar y que contaba con el consentimiento de la esposa”, responsabilidad civil que se satisfizo mediante la dación en pago de fincas gananciales a los perjudicados. Por tanto, “no debe incluirse en el activo del inventario un crédito contra el marido por el valor de las fincas entregadas”, sino que la deuda “ha de quedar a cargo del patrimonio que se beneficia de la actividad en cuyo desarrollo se contrajo, y no cabe duda de que (...) la actividad inmobiliaria desarrollada por el marido redundaba en beneficio común”, siendo aplicable el art. 1362 CC, “que pone a cargo de la sociedad las deudas que se originen en la explotación de los negocios”; y añade: “El oscuro art. 1366 CC (...) cuando deja a cargo de un cónyuge las obligaciones no contractuales (...) debidas a dolo o culpa grave, aunque sean consecuencia de la actuación del cónyuge en beneficio de la comunidad o en el ámbito de la administración de los bienes, no puede permitir que la sociedad de gananciales retenga para sí todo el beneficio de una actividad que ha generado daños indemnizables. Para que la deuda no quede a cargo del patrimonio común sino de los bienes propios de un cónyuge sería preciso que se tratara de una deuda que pudiera calificarse de puramente personal, contraída en su exclusivo interés o beneficio, lo que en el caso no sucede”.



La STS 6 marzo 2023 (Tol 9482408) (desde la óptica externa, de la responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros) afirma que los bienes gananciales no están sujetos a la responsabilidad civil del marido por la comisión de un delito fiscal, en su condición de administrador de hecho de una cooperativa (obtención de ingresos de origen ilícito, mediante indebidamente devoluciones del IVA), pues no estamos ante una deuda tributaria derivada del ejercicio de su profesión, sino de la sociedad cooperativa cuya gestión llevaba, sin que tampoco entre en el ámbito de aplicación del art. 1366 CC. Dice, así, que “no existe responsabilidad civil directa de la sociedad ganancial, pues no se trata de una actuación del cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal, sino derivada de un hecho doloso enmarcado dentro de un delito tributario nacido de la liquidación de impuestos de los que el demandado no era sujeto pasivo y sí la cooperativa en cuyo provecho actuó, y sin que la sentencia de la audiencia proclame que, de tal actividad, hubiera obtenido beneficio o ventaja patrimonial la sociedad conyugal”. En cambio, los bienes gananciales responden directamente frente a la Hacienda Pública por las deudas tributarias del marido derivadas del IRPF, por aplicación del art. 106 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto, que las equipara a la comprendidas en el art. 1365 CC.

4. DEUDAS DERIVADAS DE LAS ADQUISICIONES A PLAZOS DE BIENES GANANCIALES, REALIZADAS POR UNO DE LOS CÓNYUGES SIN EL CONSENTIMIENTO DEL OTRO.

Finalmente, según el art. 1370 CC, “Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código”.

Este precepto se refiere a la compra de un bien ganancial a plazos, por uno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro, compra que genera un gasto, que es de cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362.2º CC), pero que no deriva de una deuda ganancial, pues, si lo fuera, los bienes gananciales responderían directamente frente a terceros (art. 1369 CC), lo que no tiene lugar en este supuesto (y de ahí el sentido del art. 1370 CC), por lo que, por el importe del precio aplazado pendiente de pago, sólo responde

el bien adquirido, además -claro está- de los bienes privativos del cónyuge deudor (no los privativos del que no consintió, porque éste no es deudor).

Por ejemplo, un cónyuge compra, sin el consentimiento del otro, un bien, cuyo primer plazo lo paga con dinero ganancial, por lo que el bien tiene esta naturaleza (art. 1356 CC), y, por lo tanto (internamente), el pago del precio restante ha de soportarlo la sociedad. Pero, si la compra del bien no entra en alguno de los supuestos del art. 1365 CC, es decir, no origina una deuda de la sociedad (externamente), el resto de los bienes gananciales no responden de ella frente al acreedor.

La STS 20 junio 2008 (Tol 1343838) explica que el art. 1370 CC “resuelve en especial el problema que se plantea cuando la obligación de pagar el precio aplazado”, que “no es obligación de la sociedad, y resuelve que el bien responde siempre, aunque sea ganancial y no lo sea la obligación de pagar el precio”.

Nota: Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación AICO/2021/090 “La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial”, financiado por la Conselleria d’Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana, del que es IP el Prof. José Ramón de Verda y Beamonte

José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.



¿OBLIGA EL ARTÍCULO 12 CEDH A LOS ESTADOS A RECONOCER EL DERECHO AL MATRIMONIO IGUALITARIO?



1. A lo largo del presente texto vamos a analizar la regulación jurídica del derecho humano al matrimonio en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y si el mismo ha sido reconocido o no por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a las parejas formadas por personas del mismo sexo. Así, lo primero que haremos es delimitar qué debemos entender por matrimonio igualitario a los efectos del presente texto. A continuación, comprobaremos a quién le reconoce el CEDH la titularidad de este derecho, contextualizando este texto con los demás de Derechos Humanos (DDHH) aprobados en su época. Y ya, por último, analizaremos cómo lo ha interpretado el TEDH en relación con las personas del mismo sexo.

2. En este artículo utilizamos indistintamente los conceptos “matrimonio igualitario” y “matrimonio entre personas del mismo sexo”. En el título nos hemos decantado por el primero, al ser este el término preferido en los diferentes países de lengua española. Por contra, el concepto “matrimonio entre perso-

nas del mismo sexo” supone una traducción castellana de la expresión inglesa “same-sex marriage”.

Con independencia del nombre que le demos, la realidad a la que nos estamos refiriendo es la misma, es decir, al casamiento entre personas del mismo sexo con orientación homosexual.

3. Con carácter previo, y a modo de aclaración, sí que creemos oportuno exponer un par de consideraciones fundamentales, a fin de evitar malos entendidos: Primera, que en este texto solo vamos a estudiar si el TEDH ampara bajo el artículo 12 CEDH el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. Dejaremos al margen, por tanto, a los transexuales, puesto que la Corte de Estrasburgo ya ha reconocido que si los mismos se han sometido a los tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas correspondientes, sí que se les debe reconocer el derecho a casarse con una persona de sexo distinto al suyo reasignado.



Y segunda, únicamente nos vamos a referir al derecho al matrimonio. Decimos esto porque el TEDH ya se ha pronunciado afirmando que el artículo 8 CEDH sí que ampara el derecho de los homosexuales a que su relación sea reconocida legalmente en forma de unión civil (pareja de hecho) por el Estado en que viven.

4. El artículo 12 CEDH reza literalmente como sigue: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.” Si acudimos a los trabajos preparatorios del CEDH, podremos observar cómo, desde un principio, no se debate ninguna otra posibilidad que no sea la de atribuir este derecho únicamente a las parejas compuestas por un hombre y una mujer. Pero ello no debe de extrañarnos. Si analizamos los principales textos de DDHH nacidos en el seno de la ONU (Organización de Naciones Unidas), veremos que son similares al CEDH.

El primer texto internacional de alcance mundial que debemos citar es la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada en 1948. En su artículo 16.1 se establece literalmente que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen

derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.” En el mismo sentido se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado en 1966. En su artículo 23.2 reconoce expresamente “el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

A pesar de haber más referencias en otros textos, creemos que estos dos son suficientes para poder extraer una conclusión determinante y es que la titularidad del derecho corresponde, conforme a su literalidad, al hombre y a la mujer. Aunque en ninguno de estos se afirma que el matrimonio deba ser necesariamente entre ellos, no podemos obviar las siguientes premisas: La primera, que cuando se adoptaron los textos, sus redactores no tenían en mente el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que en aquella época, en buena parte del mundo, las relaciones homosexuales no solo no estaban permitidas, sino que, incluso, se encontraban proscritas penalmente; y la segunda, que años más tarde, en 2002, cuando el Comité de DDHH, que es el órgano de control del

PIDCP, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión, se manifestó afirmando que el derecho al matrimonio no amparaba la pretensión de casamiento entre personas del mismo sexo. Nos estamos refiriendo al caso Juliet Joslin y otras contra Nueva Zelanda (CCPR/C/75/D/902/1999). En este asunto, el Estado neozelandés se negó a permitir que unas mujeres homosexuales contrajesen nupcias, ya que, según la legislación nacional, el matrimonio solo estaba abierto a uniones entre personas de distinto sexo. Tras acudir al Comité de DDHH, este literalmente les respondió que “el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto es la única disposición sustantiva en que se define un derecho, utilizando el término ‘hombre y mujer’, en lugar de ‘todo ser humano’, ‘todos’, o ‘todas las personas’. El uso del término ‘hombre y mujer’ en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la parte III del Pacto, se ha entendido consistente y uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse”.

Se puede concluir, por tanto, que, para el Comité, la elección de las palabras “hombre” y “mujer” en el PIDCP, como también ocurre en los demás textos que hemos visto, no es casual sino que es el fundamento para reconocer el derecho a contraer matrimonio.

Sin embargo, en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que también recoge este derecho, no se hace mención alguna al sexo de los contrayentes. De hecho, literalmente indica que: “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Esto se explica por el momento en que se adoptó la Carta, año 2000, en el que ya habían comenzado las reclamaciones de los colectivos homosexuales sobre esta cuestión, siendo, además, que pronto empezaría a reconocerse este derecho en algunos Estados miembros de la UE. En todo caso, este texto tampoco establece explícitamente el derecho al matrimonio igualitario. Simplemente omite cualquier referencia al sexo de quienes lo pueden ejercer. De este modo, serán los propios Estados los que decidan si reconocen o no este derecho a los homosexuales. Como se indica en el documento de la UE, Explicaciones sobre la Carta, “este artículo ni

prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo”.

5. Sobre la cuestión del derecho al matrimonio igualitario, el TEDH se ha pronunciado en diferentes ocasiones. Resulta relevante que en todas sus sentencias ha entendido que la exclusión de este derecho a las personas del mismo sexo, tal y como se sigue manteniendo en algunos Estados, no contraviene el artículo 12 CEDH.

La primera sentencia que aborda directamente esta cuestión se dicta en el año 2010 y es la que resuelve el caso Schalk y Kopf contra Austria (ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104). Los antecedentes de hecho se pueden resumir del siguiente modo: Se trataba de una pareja de hombres homosexuales que realizaron todas las gestiones necesarias para casarse, sin obtener una respuesta estimatoria por parte de las autoridades nacionales, dado que la legislación austriaca solo permitía el matrimonio entre personas de distinto sexo. Tras agotar los recursos internos, decidieron interponer una demanda ante el TEDH, alegando, entre otras consideraciones, que se les había vulnerado su derecho a contraer matrimonio.

En relación con el derecho a casarse, el TEDH comienza reconociendo que el CEDH es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de la realidad social del momento. A fecha de la sentencia, los magistrados constataron que seis de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa ya habían otorgado el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo. Además, también señalaron que el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que recoge el derecho al matrimonio, no establece que este deba ser entre hombre y mujer. Sin embargo, y esta es la clave, también reconocieron que esta cuestión afecta a un área sensible que puede comportar controversias sociales, políticas y religiosas. A la vista de que el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales muy arraigadas, que pueden diferir considerablemente de una sociedad a otra, y de que no existe un consenso europeo en relación con el casamiento homosexual, es por lo que la Corte consideró que la posibilidad de permitir o no el mismo entraba dentro del margen de apreciación nacional de cada Estado. Así, el TEDH reconoce que son las propias autoridades internas las más indicadas



para evaluar y responder a las necesidades de su propia sociedad. En resumen, el TEDH entendió que el artículo 12 CEDH no impone a los Estados la obligación de reconocer a una pareja del mismo sexo el derecho al matrimonio.

Cinco años más tarde, se dicta la STEDH que resuelve el caso Oliari y otros contra Italia (ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD001876611). El supuesto de hecho es similar al anterior: se trataba de una serie de parejas homosexuales que pretendían casarse, y que no les fue permitido puesto que la legislación italiana solo contemplaba el matrimonio entre personas de distinto sexo. En esta ocasión, se interpuso demanda ante el TEDH fundamentándola, entre otras cuestiones, en la vulneración del artículo 12 CEDH y del artículo 14 (prohibición de la discriminación) en relación con el 12 CEDH, por cuanto se consideraban discriminados en el ejercicio del

derecho a casarse, al reconocerse el mismo solo a las parejas de distinto sexo. La Corte de Estrasburgo comienza admitiendo que, en materia de aprobación del matrimonio homosexual, se habían producido avances en la situación legislativa interna de algunos países europeos desde que se dictó la sentencia que resolvía el caso Schalk y Kopf. Así pues, en 2015, once Estados ya lo regulaban. Sin embargo, consideró que las conclusiones a las que había llegado en aquella sentencia seguían siendo plenamente válidas, y, por tanto, este motivo de la demanda fue inadmitido.

Al año siguiente, en 2016, el TEDH dictó la sentencia que resuelve el caso Chapin y Charpentier contra Francia (ECLI:CE:ECHR:2016:0609JUD004018307). En este asunto, la pareja de homosexuales se llegó a casar, pero dicho matrimonio fue anulado por los tribunales franceses. Los perjudicados decidieron

acudir ante la Corte de Estrasburgo alegando, entre otras cuestiones, que la exclusión del matrimonio a los homosexuales resultaba discriminatoria, por negarles el ejercicio de un derecho que sí permitían a las parejas de distinto sexo. No obstante, el TEDH desestimó la demanda al no ver ninguna razón para llegar a una conclusión diferente de las que había llegado en los casos anteriores. Además, tuvo en cuenta que, con carácter posterior al recurso, en Francia se había reconocido la posibilidad de que las personas del mismo sexo también pudiesen casarse, por lo que ya podían optar a ello.

En 2017, la Corte de Estrasburgo emitió la sentencia que resuelve el caso Orlandi y otros contra Italia (ECLI:CE:ECHR:2017:1214JUD002643112). Este asunto difiere de los anteriores en cuanto al supuesto de hecho. Aquí, una serie de parejas homosexuales italianas, ya estando casadas en otros países diferentes al suyo, solicitaron inscribir los matrimonios ante sus autoridades nacionales, siéndoles denegada esta posibilidad, ya que en Italia solo se permitía que la unión conyugal fuese entre un hombre y una mujer. Por tanto, a nivel interno italiano, dichos matrimonios contraídos en el extranjero, ni se podían inscribir, ni podían desplegar efecto jurídico interno alguno. Estas parejas acudieron ante el TEDH alegando, fundamentalmente, que habían sido víctimas de una actuación discriminatoria, ya que si hubiesen sido matrimonios de personas de distinto sexo, se les habría inscrito sin ningún problema.

La Corte de Estrasburgo comienza reconociendo que, en el ámbito legislativo interno, se sigue avanzando en el reconocimiento del matrimonio homosexual. De hecho, a fecha de la sentencia, ya eran quince países los que lo permitían. No obstante, en este supuesto no se trataba tanto de comprobar si se podía obligar a Italia a que reconociese el derecho a casarse de las personas del mismo sexo ante sus propias autoridades, como de si se le podía exigir al Estado que diese efecto interno a un negocio jurídico (matrimonio) perfectamente válido en los países foráneos en los que se había celebrado. En relación con ello, el TEDH se hizo eco de la situación europea y señaló que no existía consenso sobre la inscripción en los propios Estados del matrimonio homosexual celebrado en el extranjero. Por ello, el TEDH consideró que se debía reconocer a las autoridades italianas un amplio

margen de apreciación nacional para decidir si aceptaban o no el registro de tales casamientos.

Además, en cuanto a los intereses del Estado y de la comunidad en general, el TEDH aceptó como legítimo que Italia pretendiese disuadir a sus nacionales del mismo sexo de que se casaran en otro país para luego registrarlos en el suyo. Y ello porque el matrimonio igualitario ni estaba aceptado a nivel interno, ni tampoco resultaba obligatorio su reconocimiento desde la perspectiva del CEDH. Para el TEDH, dichas denegaciones son el resultado de la libre elección del legislador de no permitir el casamiento entre personas del mismo sexo, opción que no es condenable en virtud del CEDH. En este sentido, la Corte de Estrasburgo consideró que existía un interés legítimo por parte de Italia en querer garantizar que se respetasen las prerrogativas legislativas de su Parlamento democráticamente elegido. Así mismo, señaló que, en todo caso, la negativa a inscribir el matrimonio de los demandantes no les privó de ningún derecho previamente reconocido en Italia, y que podían seguir beneficiándose de los derechos y obligaciones adquiridos mediante dicho casamiento en el Estado en el que contrajeron matrimonio.

La última STEDH sobre esta materia se dictó el pasado día 13 de julio de 2021, por la Sección Tercera, y venía referida al caso Fedotova y otros contra Rusia (ECLI:CE:ECHR:2021:0713JUD004079210). Ya adelantamos que la misma fue objeto de elevación a la Gran Sala, la cual confirmó el fallo de la Sección, en fecha 17 de enero de 2023 (ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD004079210).

En este asunto, diversas parejas homosexuales iniciaron sendos expedientes matrimoniales, a fin de poder contraer matrimonio e inscribirlo en el Registro Civil. Sin embargo, las autoridades rusas se negaron, arguyendo que el matrimonio es una institución abierta solamente a las personas de distinto sexo.

Tras agotar las vías internas, acudieron al TEDH alegando, entre otras cuestiones, que habían sido discriminados por su orientación sexual, dado que se les prohibía contraer matrimonio por el mero hecho de ser parejas homosexuales. El TEDH inadmitió, desde el inicio, dicho motivo de la demanda. La Gran Sala confirmó la inadmisión, limitándose a recordarnos que, hasta la fecha, la tesis sos-



tenida por la Corte es que el artículo 12 CEDH no impone a los Estados la obligación de reconocer el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo.

Por tanto, podemos concluir que es una constante en la jurisprudencia del TEDH considerar que la falta de previsión del matrimonio igualitario en la legislación interna de los Estados no vulnera el artículo 12 CEDH. La Corte entiende que son las autoridades de cada país las que, en virtud del margen de apreciación nacional, están en mejor condición para evaluar si se debe o no reconocer esta posibilidad.

6. Llegados a este punto, podemos concluir que:

Primera. El reconocimiento del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo ha venido ampliándose en los últimos 20 años en diferentes países que forman parte del Consejo de Europa.

Segunda. No obstante, el TEDH ha reconocido que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación nacional para determinar quiénes pueden ser los titulares del derecho a casarse. Así, no ha considerado contrario al artículo 12 CEDH la falta de reconocimiento del matrimonio igualitario que se sigue manteniendo en algunos países. La Corte de Estrasburgo entiende que esta institución tiene connotaciones sociales y culturales muy arraigadas, que pueden diferir considerablemente de una sociedad a otra, no existiendo

un consenso europeo sobre esta cuestión. Así pues, obligar a los Estados a reconocer este derecho a las personas del mismo sexo puede resultar controvertido para determinadas sociedades. En consecuencia, para el TEDH, cabe seguir admitiendo como compatible con el art. 12 CEDH la limitación de la titularidad de este derecho únicamente a los miembros de las parejas tradicionales, es decir, aquellas formadas por un hombre y una mujer. Por ello, considera que entra dentro del margen de apreciación nacional que cada Estado pueda elegir si desea o no permitir el casamiento entre personas del mismo sexo. Tercera. En resumen, tanto si un Estado reconoce el derecho al matrimonio igualitario, como si no lo hace, se considerará que actúa dentro de su margen de apreciación nacional, y no comportará vulneración alguna del CEDH.

Jorge Antonio Climent Gallart

Profesor contratado doctor en el Departamento de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia



IDEAS PARA GANAR LA CONFIANZA DEL CLIENTE



La confianza es el primer requisito para que un cliente acuda a tu despacho y te encomiende un asunto.

Nadie entrega un problema a otro, si no confía en él.

Quiero compartir contigo, lo que he ido aprendiendo en estos cuarenta años de ejercicio profesional, sobre este tema:

Si tú no haces nada para aumentar tu clientela, toda tu cartera de clientes es de “referidos”, es decir, clientes remitidos, a su vez, por otro cliente o un familiar o etc.

Ese primer requisito imprescindible, para que el cliente acuda a tu despacho, se soporta en **algo que tú no controlas ni cuidas**: Que terceros (clientes, amigos, otros colegas, etc.) decidan hablar de ti y te recomienden. Es decir, dejas la parte más importante de tu negocio, la creación de la clientela y tus ingresos, en manos de circunstancias ajenas a tu control.

Ahora la pregunta es: ¿Se puede hacer algo para que el cliente, que no me conoce, dé ese primer paso? La respuesta hoy en día es obvia: **Por supuesto.**

Contesta a esta pregunta: Cuando buscas un hotel para ir de vacaciones...¿Te fías de la propaganda del hotel, o buscas las opiniones de los clientes que ya han estado alojados?

Puedes hacer tu lo mismo con estos sencillos pasos.

1º Crea tu perfil en Google:
¿Cómo registro en Google mi negocio?

Registrarse en Perfil de Empresa

1. En **tu** ordenador, inicia sesión en **tu** cuenta de **Google** o, si no tienes una, créala. ...
2. Ve a la página para crear **un** perfil.
3. Escribe el nombre de **tu** empresa. ...
4. Busca **tu** categoría empresarial.
5. Haz clic en Siguiente.



6. Selecciona si tienes una ubicación a la que los clientes puedan ir.

2º Pide a tus clientes que cuenten su experiencia en tu perfil de Google y que valoren tu actividad profesional. La opinión de quienes han probado tus servicios, les interesa a los que aún no lo han hecho. Y es mucho más eficaz que cualquier publicidad pagada.

3º Publica, en tus perfiles de LinkedIn, Facebook, Twitter etc. **artículos** sobre la materia que más te guste y pide a tus contactos en las redes que haga comentarios. Te verán como un experto en la materia.

4º Establece una comunicación clara y transparente. En la comunicación, la parte más importante es **la escucha**. Escuchar más que decir, oír más que hablar. Escuchar por encima de la basura individual de cada uno, para ver la herida de donde manan las emociones torcidas que gestan el proceder humano. Y... la acaba liando siempre.

En la comunicación hay una regla de oro, si te llama el cliente para preguntar por su asunto. **LO ESTAS HACIENDO MAL.**

5º Cuando el cliente llegue por primera vez a tu despacho, haz un **presupuesto** claro y detallado y **ajústate a él**, mándaselo en

Word, para que lo lea y pueda analizarlo antes de firmarlo y si tiene dudas que te lo comente.

6º Si quieres fomentar que **tus clientes que te refieran** como abogado a sus amigos y parientes, **cuando termines el asunto, escribe una carta manuscrita**, dándoles las gracias por haber depositado en ti su confianza y diciéndole que harás un descuento a quienes vengan de su parte.

Todo lo anterior puedes hacerlo sin que te cueste un céntimo. Y puedo asegurarte que funciona.

Que tengas unas felices vacaciones

Saturnino Solano



SECCIÓN DERECHO FAMILIA

Si quieres colaborar en nuestra revista, escuchamos tus ideas y opiniones

escribenos a:

palmira@palmiratrelis.com